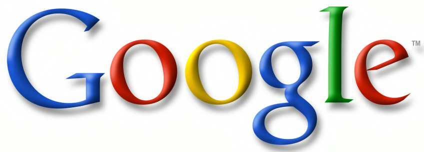



SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV·ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS

RECHTSGELEERD MAGAZIJN.

TIJDSCHRIFT

VOOR

BINNEN- EN BUITENLANDSCHE RECHTSSTUDIE,

ONDER REDACTIE VAN

Mrs. H. L. DRUCKER en W. L. P. A. MOLENGRAAFF,

Hoogleeraren te Leiden en te Utrecht.

TWAALFDE JAARGANG.

HAARLEM,
DE ERVEN F. BOHN.
1893.

INHOUD.

(De Boekbeschouwingen en Aankondigingen, waarbij de schrijver niet wordt vermeld, zijn van de Redactie.)

Wetgeving.

Rechtspraak.

Boekbeschouwingen en Aankondigingen.

a. Nederlandsche literatuur.

Proefschriften.

b. Buitenlandsche literatuur.

Opmerkingen en Mededeelingen.

A. Wetgeving.

VERBETERING.

Op bl. 329 van dezen jaargang gelieve men te lezen in regel 14 van boven: *quelle*, in plaats van: *qu'elle*.

AAN WIEN BEHOORT DE BEDDING DER NIET BEVAARBARE NOCH VLOTBARE RIVIEREN EN STROOMEN,

DOOR

Mr. G. TRIPELS,

Advocaat te Maastricht.

Deze vraag heeft zich onlangs voorgedaan bij de Rechtbank te Maastricht en later in appel bij het Gerechtshof te 's Hertogenbosch. Een der oever-eigenaren had namelijk in de Geleenbeek te Sittard, nadat hij van Gedeputeerde Staten in Limburg daartoe verlof had bekomen, verder dan het midden der beek een muur doen plaatsen; dien ten gevolge vroeg de eigenaar aan de overzijde der beek amotie van dien muur, op grond dat deze was geplaatst verder dan het midden der beek en daardoor zijn eigendomsrecht was geschonden.

Bij vonnis van 7 November 1891 had de Rechtbank deze vordering niet-ontvankelijk verklaard op de navolgende gronden:

„Overwegende, dat de eischer dit gedeelte der vorde„ring grondt op het eigendomsrecht dat hem als oever„eigenaar op de helft der beek zou toekomen;

„Overwegende dat de eischer in dit gedeelte zijner vor„dering moet niet-ontvankelijk verklaard worden, daar bij „geene wetsbepaling de eigendom van den grond, waar„over het water eener niet bevaarbare en niet vlotbare „rivier zooals de Geleenbeek loopt, aan de eigenaren der „oevers is toegekend en ook niet uit de Geschiedenis van „het Burgerlijk Wetboek maar eenigszins is af te leiden

„dat de wetgever de bedoeling heeft gehad om over den „eigendom der bedding van zulke wateren ten behoeve „der eigenaren van de oevers te beschikken."

Deze beslissing wijkt geheel en al af van een vonnis, gewezen door de Rechtbank te Roermond den 20sten Juni 1861, *W. v. h. R.* nº. 2381, waarbij die Rechtbank de tegenovergestelde leer aannam in deze bewoordingen:

„Overwegende dat zoowel de Code civil als het Burgerlijk „Wetboek het bed der niet-bevaarbare en niet-vlotbare rivie„ren aan de aanschietende eigenaren toekent."

Het Hof te 's Hertogenbosch wordt diensvolgens geroepen in deze kwestie op 27 December aanstaande eene beslissing te geven en zal het wellicht niet ondienstig zijn na te gaan, wat zoo al voor en tegen door de voorstanders van beide stellingen wordt aangevoerd.

Raadpleegt men de geschiedenis der wording van ons Burgerlijk Wetboek, dan vindt men al heel weinig licht er over verspreid, en natuurlijk ook; want het was toen geen kwestie meer; behalve Merlin, voce *Rivière* § II, in strijd met hetgeen men leest: voce *Moulin* § VII art. IV, zooals hierna zal aangetoond worden, was men destijds algemeen van gevoelen, dat de bedding dier rivieren toebehoort aan de oever-eigenaars.

In het Ontwerp van 1820 vinden wij dit beginsel uitgedrukt, dat „de gronden, waarop geene bijzondere personen „of zedelijke ligchamen kunnen bewijzen regt verkregen te „hebben, gerekend worden den Staat toe te behooren", art. 952.

Zijn derhalve de oever-eigenaren niet de eigenaars van den bodem der niet bevaarbare noch vlotbare rivieren en stroomen en zulks uit kracht der wet, dan is het gevolg daarvan, dat die bodem toebehoort aan den Staat. En toch in het onmiddellijk daaropvolgende artikel worden alleen als *landgemeene* [1]) rivieren en stroomen genoemd de bevaarbare

[1]) Art. 949 zegt: „Zaken, welke den Staat toebehooren, worden landgemeene of landszaken genoemd."

met hunne bodems en oevers en de daarin opkomende eilanden en platen.

Bewijs derhalve, dat het Ontwerp van 1820 uitging van de stelling, die door de Roermondsche Rechtbank werd aangenomen; dat bewijs wordt nog aangevuld door de bepalingen der artt. 1054 en 1056. Vooreerst toch wordt de eigenaar van een loopend water als zoodanig bij art. 1054 uitdrukkelijk erkend en hem ook de bodem daarvan toegewezen; verder voegt dit artikel er bij: „en kan hij dus niet alleen „dezen eigendom laten gelden, wanneer deze bodem, door „welk toeval dan ook, droog geworden is, maar verkrijgt „hij ook regt van eigendom op alle platen, eilanden, enz., „welke op dat water ontstaan mogten." Men zegt, dat van een loopend water niemand de eigenaar kan zijn, en hier werd in dat Ontwerp uitdrukkelijk „dusdanige eigendom erkend. Is er verder strijd tusschen de twee naburige oever-eigenaars omtrent de vraag, over welk gedeelte het recht op eenig water tusschen hunnen grond toekomt, art. 1056 beslist dat geschil door te bepalen, dat alsdan het recht van beiden gerekend wordt gelijk te zijn, „en wel „met zoodanig gevolg, dat eene lijn, over het midden van „den bodem in geschil getrokken, uitmaakt, aan wien de „drooggewordene grond toekomt".

Nu leert ons Voorduin, III bl. 339, dat, naar aanleiding van artt. 949 en volgende van dat Ontwerp en art. 538 Code civil, in het vierde vraagpunt van stellige wetgeving voorgesteld werd, „of men *al* de zaken aan den „Staat toebehoorende zoude moeten optellen". Drie afdeelingen gaven een bevestigend, drie andere een ontkennend antwoord.

De vraag werd in comité-generaal eenigszins gewijzigd voorgesteld: „zal men *zooveel mogelijk* behooren op te tellen „de zaken welke aan den Staat behooren"? En deze vraag werd *toestemmend* door 35 leden beantwoord, tegen 21 leden die dezelve *ontkennend* beantwoordden. Eene groote meerderheid wenschte dus, dat men *zooveel mogelijk* zou

opsommen de zaken die aan den Staat toebehooren.

De geschiedenis, waarvan de Maastrichtsche Rechtbank gewaagt om hare beslissing te rechtvaardigen, leert ons derhalve, dat de wetgever in zijne opsomming der *landgemeene* zaken, om met het Ontwerp te spreken, de meest mogelijke volledigheid heeft willen betrachten. Wanneer dan in de opsomming dier zaken bij artikel 577 alleen van de bevaarbare en vlotbare stroomen en rivieren met hunne oevers gesproken wordt, dan behoort men minstens aan te nemen, dat daarbij opzettelijk niet alle rivieren en stroomen zonder onderscheid tusschen de bevaarbaarheid of niet-bevaarbaarheid opgesomd zijn, dat men de niet-bevaarbare noch vlotbare rivieren en stroomen niet aan den Staat heeft willen toekennen, ten ware men zonder eenig bewijs hoegenaamd den wetgever van inconsequentie mocht kunnen beschuldigen of de vooronderstelling maken, dat hij het straks met meerderheid van stemmen genomen besluit zelf niet heeft willen uitvoeren, doch het als geheel krachteloos heeft ter zijde gelegd; dit zal men niet lichtvaardig bij eene wetsinterpretatie vermogen, vooral wanneer eene andere uitlegging zich als het ware opdringt.

De geschiedenis der wording van ons Burgerlijk Wetboek ondersteunt derhalve de opvatting, die wij in dit opstel eenigszins uitvoerig willen mededeelen, en de Rechtbank te Maastricht heeft zeker een beroep gedaan op die geschiedenis, omdat daarin van eene *uitdrukkelijke* wilsverklaring van den wetgever geen spoor is te vinden. Maar t. a. pl. bl. 433 wordt door Voorduin medegedeeld, wat de heer Nicolaï op 9 December 1823 zeide in de volgende bewoordingen: „Si dans une rivière *non navigable* et *non flottable* il se forme des îles, des îlots, des atterrissements, „ils appartiendront aux propriétaires riverains dans les „proportions indiquées par la loi; mais si l'île est formée „dans un fleuve ou dans une rivière *navigable*, la disposition n'a pas lieu, parce que ces grandes communications „APPARTIENNENT *à l'Etat* et sont soumises à une législation,

„qui emprunte ses principes du droit public." En waarom worden nu die eilanden aan de oever-eigenaren toegekend? Wel, de beraadslagingen toonen het aan. Het vindt zijn grond in den eerbied, dien men aan den eigendom verschuldigd is! Behoorden de niet-bevaarbare rivieren aan den Staat, de daarin opkomende eilanden *moesten jure accessionis* aan den Staat behooren: behooren zij, zooals het Fransche Hof van Cassatie meent, aan niemand, zijn het *res nullius*, dan zouden zij ook moeten behooren *primo occupanti.*

De Nederlandsche schrijvers geven ons niet veel licht in de controverse, die wij hier behandelen. Zoo schrijft Diephuis in zijn *Ned. Burg. Regt naar de volgorde van het B. W.*, waar hij de eerste opinie van Aubry en Rau bestrijdt [1]):

„Al waren inderdaad de eigenaren der aanliggende lan- „den als zoodanig tevens eigenaren der bedding, dan zou „nog de eigendom der bedding wel oorzaak zijn van de „eigendomsverkrijging van het eiland of de plaat, even als „ook de eigendom van den oever den eigendom der aan- „spoeling doet verkrijgen; maar de eigendom der bedding „zou nog geen eigendom van het eiland of de plaat zijn, „evenmin als de eigendom van den oever op zich zelven is „eigendom van het aangespoelde of aangeworpene. Maar „het is tevens ongegrond, omdat het niet waar is, dat de „eigenaren der oevers tevens eigenaren der bedding zijn. „Integendeel zegt art. 646 B. W. uitdrukkelijk, dat de eigen- „dom van stroomen of rivieren den eigendom van den grond, „waarover het water loopt, medebrengt, de bedding be- „hoort dus aan dien bijzonderen persoon, of aan die ge- „meenschap, aan wie het water in eigendom behoort. „Indien de eigendom van het eiland of de plaat nu het „onmiddelijk gevolg zou zijn van den eigendom der bedding, „dan zou dezelve aan den eigenaar van het water moeten „toegekend zijn; de wetgever heeft dit echter niet gewild,

[1]) IIIde deel, n°. 370 bl. 217.

„misschien omdat hij, den eigendom der bedding zelven als „een bloot accessorium aan den eigendom des waters ver- „bindende, daaraan geen nieuw accessorium verbinden wilde. „Hoe het zij, de wet kent de opgekomene eilanden en pla- „ten, *als door natrekking*, aan de eigenaren der oevers „toe, maar deze zouden zeer zeker zonder uitdrukkelijke „bepaling daartoe niet gerechtigd zijn."

Wij deelen dit citaat mede en stellen daarnaast, nog zonder commentaar, wat die geleerde schrijver in zijn *Systeem*, deel VI bl. 72, over de kwestie die ons bezighoudt in het midden brengt:

„De eigendom van stroomen en rivieren brengt den eigen- „dom mede van den grond, waarover het water loopt, „art. 646. Dit geldt van bevaarbare en vlotbare stroomen „en rivieren, die volgens art. 577 met hunne oevers aan „den Staat behooren, de beddingen behooren dus ook aan „dezen; en de groote of kleine eilanden en platen in die „wateren opkomende, die door eene ophooging van den „bodem ontstaan, worden in art. 577 evenzeer aan den „Staat toegekend. Het geldt ook van onbevaarbare en on- „vlotbare rivieren; de bedding behoort ook hier aan hen aan „wie zij zelve toebehooren, en *niet* aan de eigenaren der naast- „gelegen gronden. Dit volgt niet alleen uit art. 646, maar „blijkt ook uit art. 647; daar anders bezwaarlijk die eige- „naren, wanneer de stroom een nieuwen loop neemt en de „oude bedding verlaat, enkel ten gevolge van dit feit, „waardoor die bedding voor hen juist eene bijzondere waarde „zou verkrijgen, hun recht daarop zouden kunnen verliezen, „en eenvoudig moeten aanzien, dat anderen die verlatene „bedding voor zich in bezit nemen. Maar hier geldt ten „aanzien van opgekomen eilanden en platen iets anders „dan bij bevaarbare rivieren; die eilanden en platen wor- „den volgens de nadere bepalingen van art. 644 aan de „eigenaren der aan het water gelegen landen toegekend. „Zij zijn aan die landen niet verbonden, ze worden ver- „ondersteld daarvan nog door het water te zijn afgeschei-

„den. Evenwel behooren ze aan de eigenaren dier landen, „die dus uit kracht van hun recht op het land ook hetzelfde „recht op het eiland of de plaat verkrijgen; en ook hier „heeft dus, ofschoon zonder vereeniging, natrekking plaats."

Wij zouden daartegenover willen stellen deze vraag: maar welke is de *ratio legis* van art. 644 B. W.? — ware het niet, dat Opzoomer, III, bl. 256, ons onbewimpeld mededeelt, „dat de Wetgever ons het waarom evenmin „had kunnen zeggen als hij zelf in staat is het anderen te „verklaren." Maar wanneer die verklaring gereedelijk voor de hand ligt, uit de gevoerde discussiën duidelijk volgt, mag men dan niet vooropstellen, dat de stelling: „de „eigendom van zulke rivieren is nergens aan de oever„eigenaars gegeven; volgens art. 646 behoort hun dus ook „de eigendom *niet* van het rivierbed; en toch kent ons „artikel hun den eigendom van het opgekomen eiland, d. i. „van het *opgeheven rivierbed* toe!" — dat, zeggen wij, die stelling al alleszins gewaagd moet voorkomen? Op die wijze kan toch geene wetsuitlegging worden voorgestaan en wil het ons voorkomen, dat de geleerde schrijver — quandoque dormitat bonus Homerus — zich hier van de strijdvraag heeft afgemaakt met een Jantje van Leiden. Trouwens Opzoomer ontzegt zich, in de noot t. a. p., het recht om die strijdvraag daar te behandelen.

Dat art. 646 B. W., hetwelk in het Fransche Wetboek niet voorkwam, op de onderwerpelijke strijdvraag geen invloed kan hebben, ligt voor de hand: de eigendom der rivier sluit den eigendom harer bedding in; het opgeheven rivierbed wordt expressis verbis door de wet aan de oevereigenaars toegekend, omdat zij eigenaars zijn van de rivier en men dien eigendom heeft willen eerbiedigen.

Schuller, in zijne aanteekeningen op het B. W., bl. 139, geeft ons een argument aan de hand, geput uit den tekst zelf van art. 644: indien de oevereigenaars niet eigenaars waren van de bedding, dan had de wetgever niet kunnen zeggen, dat die eilanden *behooren* aan de eigenaars der

oevers aan de zijde waar zij zich gevormd hebben, doch zou hij hun, even als in art. 647, die eilanden hebben laten in bezit nemen: „BEHOOREN", zegt Schuller, „omdat „dusdanige rivieren met hare beddingen doorgaans aan de „eigenaars der oevers toebehooren, zooals men uit verge„lijking van dit artikel met de artt. 577, 676 en 646 zoude „kunnen opmaken."

Vernède op het artikel en Asser en van Heusde II bl. 62 en 69, deelen hun gevoelen niet mede, tenzij men bij gevolgtrekking moest opmaken, dat laatstgenoemde rechtsgeleerden met Diephuis en Opzoomer meegaan, waar zij ontkennen dat de hier bedoelde eigendomsverkrijging *natrekking* kan genoemd worden: „Immers de nieuw gevormde „zaak hecht zich aan de bedding der rivier en zou naar „zuiver recht (art. 643 j°. art. 646) (gelijk ten aanzien van „den Staat bij bevaarbare rivieren is bepaald), aan den „eigenaar van de rivier moeten toebehooren, niet aan „den eigenaar van den oever."

Tot die ontkenning moet men komen, om de stelling der Maastrichtsche Rechtbank te kunnen beamen. Ofschoon ons Wetboek niet meer eene afzonderlijke afdeeling gewijd heeft, zooals het Ontwerp van 1820, aan eigendomsbekoming door zaaksgevolg of natrekking, begint toch art. 643 met het *jus accessionis* te omschrijven; de definitie luidt: „al hetgeen met eene zaak vereenigd is, of met dezelve één „ligchaam uitmaakt, behoort aan den eigenaar"; de wet stelt dan de regelen van dat rechtsbegrip vast in de volgende artikelen. Gaat het nu aan, om van het eerste artikel reeds dadelijk te zeggen: dat is daar eigenlijk geene *natrekking*, waar onmiddellijk op die accessie eene uitzondering op den regel wordt gemaakt in het opvolgende artikel 647?

Het is deze uitzondering vooral, die velen op het dwaalspoor gebracht heeft. Hoe, zegt men, kunt gij beweren, dat de oever-eigenaars zijn eigenaars der niet-bevaarbare rivieren, waar de wetgever hun dien eigendom ontzegt, wanneer de rivier een nieuwen loop aanneemt en zijne

oude beddingen verlaat, en in dat geval dien eigendom toekent aan de eigenaars der gronden, door den nieuwen loop ingenomen? Het antwoord ligt voor de hand, men vindt het reeds dadelijk in het artikel zelf. Zelden of bijna nooit wordt de *ratio legis* in eene bepaling van stellige wetgeving opgenomen: die vindt men in het Exposé des motifs, in de Memorie van toelichting; hier echter heeft de wetgever gemeend daarop eene uitzondering te moeten maken en uitdrukkelijk verklaard, dat hij dien eigendom in dit zeer speciale geval aan de oever-eigenaars, in strijd met het bij art. 644 B. W. bepaalde, heeft moeten ontnemen, om die andere eigenaars door de verlatene beddingen schadeloos te stellen voor den grond, dien zij verloren hebben.

Nicolaï herinnert er aan, dat hier twee rechtsbeginselen in conflict zijn: de eerbied, dien men aan den eigendom verschuldigd is, en la maxime: *que le profit appartient à celui qui est exposé à souffrir le dommage* (Voorduin, III, t. a. p.). Doch verondersteld, dat de bedding verlaten wordt, doordien de rivier een onderaardschen weg vindt, hetzij in kunstmatig aangelegde galerijen, hetzij in natuurlijke grotten, zal er dan één jurist gevonden worden, die de verlaten bedding alsdan niet zal toekennen aan de beide oever-eigenaars, altijd overeenkomstig art. 644, te rekenen van de lijn die alsdan in het midden der rivier getrokken wordt? Dan treedt het *jus accessionis* in zijn geheelen omvang op, en evenals het eiland, alzoo het gedeelte opgeheven rivierbed, moet dat gansche rivierbed op gelijke wijze *toebehooren* aan de oever-eigenaars.

Laurent, VI n°. 306 bl. 391, 392, noemt de derogatie van art. 647 (art. 563 C. civ.) eene ongelukkige afwijking van het oude recht. Volgens het oude Fransche recht behoorde de verlaten bedding der bevaarbare rivieren aan de Kroon, en van de niet-bevaarbare rivieren aan de oever-eigenaars: dat was de zuivere toepassing van het *jus accessionis*. In het Romeinsche recht was het echter anders: daar behoorden zoowel het verlaten bed als de eilanden aan de oever-

eigenaars, uit kracht van het recht van natrekking, omdat de oever-eigenaars verondersteld werden eigenaars te zijn tot aan de rivier, hetgeen den oever en al wat niet door de rivier werd ingenomen omvatte. „In dat recht", leert ons Opzoomer, „was de rivier, zooals Gajus in fr. 7 „§ 5 de A. R. D. het uitdrukt, publicus juris gentium. „Ook het bed was dit, zoolang het door de rivier was „bedekt. Maar werd het door de rivier verlaten, werd het „droog, dan was het niet langer publicus. Het werd dan „ook geen res nullius, waarop het recht van occupatie „toepasselijk was, maar het werd als accessie door de oever-„eigenaars verkregen. Daar men nu in het eiland niets anders „zag dan het boven den waterspiegel opgeheven rivierbed, „moest natuurlijk ook van het eiland volmaakt hetzelfde „gelden. Maar in ons recht is de zaak een geheel andere. „Bevaarbare en vlotbare rivieren behooren aan den Staat „(art. 577); de eigendom van een rivier sluit den eigendom „harer bedding in (art. 646); de eigendom der bedding „van bevaarbare en vlotbare rivieren behoort dus ook aan „den Staat, en daarmee van zelf ook de eilanden in die rivieren „opgekomen (art. 577). Hier is dus het Romeinsche recht, „maar dan ook consequent, verlaten."

Tot dusverre kunnen wij geheel meegaan met dien geleerden schrijver. Op den voorgrond staat derhalve, dat bij bevaarbare en vlotbare rivieren het *jus accessionis* geheel consequent is geregeld èn in den Code civil èn in ons Burgerlijk Wetboek; en bedding en eilanden behooren aan den Staat, omdat hij uitdrukkelijk tot eigenaar is verklaard van de bevaarbare en vlotbare rivieren. Doch, wij vragen het met overtuiging, gaat het dan aan, zonder eenigen grond den wetgever van inconsequentie te beschuldigen bij onbevaarbare en onvlotbare rivieren, door te zeggen dat men aldaar de praemis van dat recht heeft laten varen, doch geheel inconsequent de conclusie behouden, zooals Opzoomer meent. Een van beide kan slechts waar zijn: òf de niet-bevaarbare rivieren zijn gebleven, wat zij in het Romeinsche

recht waren, *publicus juris gentium*, en men heeft ten opzichte daarvan het Romeinsche recht in zijn geheel behouden door bedding en eilanden aan de oever-eigenaars toe te kennen, òf men heeft zoowel voor de niet-bevaarbare als voor de bevaarbare rivieren het Romeinsche recht verlaten, men is consequent gebleven, en alsdan moet men noodzakelijker wijze de gevolgtrekking maken, dat de eigendom der niet-bevaarbare rivieren aan de oever-eigenaars toebehoort. Want laten wij reeds terstond hierbij voegen, dat de eigendom dier rivieren stellig en zeker aan den Staat niet is toegekend, zooals men wel eens heeft beweerd. Immers in een der Ontwerpen (het derde door Cambacérès voorgestelde) omvatte de redactie van het art. 404, thans art. 538, zoowel de bevaarbare als de niet-bevaarbare rivieren, *les rivières* TANT NAVIGABLES QUE NON NAVIGABLES ET LEUR LIT, doch deze redactie is niet behouden, omdat men den eigendom alleen van de bevaarbare rivieren aan den Staat wilde toekennen. En is het dan aannemelijk, dat de wetgever, die den eigendom in alle kleinste bijzonderheden heeft geregeld, den eigendom der niet-bevaarbare noch vlotbare rivieren in het onzekere zou hebben willen laten? Of zal men, op het gezag van Pothier, *Traité du droit de propriété*, n^rs^. 161 en 164, niet moeten besluiten, dat wat in het oude Fransche recht heeft gegolden, ook door den Code civil en later door ons Wetboek is behouden, veeleer dan den wetgever van inconsequentie te beschuldigen, waar nu gebleken is, dat men met het Ontwerp, om de niet-bevaarbare rivieren aan den Staat toe te kennen in strijd met het oude Fransche recht, niet is willen meegaan?

Het argument, uit art. 647 (art. 563 C. civ.) geput, kan derhalve het gevoelen der Maastrichtsche Rechtbank niet ondersteunen: het is eene ongelukkige, althans niet juridieke derogatie aan het *jus accessionis*, meer niet. „Les motifs „de cette disposition", zegt Dufour, „sont dans le texte „même, puisqu'il y est dit que c'est *à titre d'indemnité*. „Le § 23 Instit. de rer. div. porte: quodsi naturali alveo in

„universum derelicto, ad aliam partem fluere coeperit, prior „quidem alveus eorum est qui prope ripam ejus praedia „possident, pro modo scilicet latitudinis cujusque agri, quae „prope ripam sit. Ainsi c'est tant pis pour ceux dont les „fonds étaient occupés par le nouveau lit du fleuve ou de „la rivière. Ils ne prenaient point l'ancien lit abandonné. „Les propriétaires riverains profitent de ce qui se trouvait „ajouté à leurs héritages. La disposition de notre Code est „beaucoup *plus humaine* et *plus juste* [1])". Uit billijkheid alleen derhalve is de wetgever afgeweken van de strenge beginselen van het *jus accessionis*, en die afwijking heeft bij andere schrijvers minder enthousiasme verwekt dan bij den zooeven aangehaalden rechtsgeleerde. Zoo vraagt Laurent, of de billijkheid dan toestaat aan den eenen iets te ontnemen om het aan den anderen te geven, zooals art. 563 C. c. (ons art. 647) dat doet. Het verlaten bed behoort aan den Staat of aan de oever-eigenaars, al naar gelang de rivier bevaarbaar of niet-bevaarbaar is; nu moge de wetgever het recht van den Staat laten varen, dat is aannemelijk; doch aan de oever-eigenaars hun recht ontnemen, is eene expropriatie en die macht komt aan de wet niet toe. Indien de eigenaars der gronden, waarover de rivier zich een nieuwen bodem schept, er bij verliezen, kunnen zij zich niet beklagen: het is een toeval, hetwelk den eigenaar treft.

Wat er ook van zij, wij hebben gemeend te moeten stilstaan bij deze derogatie van art. 647, omdat zij niet kan ingeroepen worden ten bewijze dat de oevereigenaars niet zijn de rechthebbenden op de niet-bevaarbare rivieren; als uitzondering, in dit speciale geval, bevestigt zij veeleer voor alle andere gevallen dien eigendom.

Vraagt men nu, of wij van oordeel zijn, dat die eigendom is onbeperkt met het *jus utendi et abutendi*, dan beantwoorden wij die vraag beslist ontkennend. Het recht der oever-

---

[1]) Volgens Proudhon, in zijn *Traité des droits d'usufruit* etc., nos. 530 en 2551, bekomt ook de vruchtgebruiker het recht van vruchtgebruik op de alzoo door den eigenaar in bezit genomen verlatene bedding.

eigenaars staat onder controle van het openbaar gezag; het openbaar belang, de openbare veiligheid eischen dit; men mag geene werken aanbrengen, waardoor de andere oevereigenaars hinder of schade zouden hebben; er bestaan provinciale reglementen voor de niet-bevaarbare noch vlotbare rivieren, gemeentelijke reglementen voor de beken, waarbij rechten en verplichtingen aan de oevereigenaars worden opgelegd. Maar terecht vraagt Marcadé, II, bl. 420: „est-ce que ma cheminée n'est pas à moi, parce qu'on „me *force* de la faire ramoner?"

Het wil ons verder voorkomen, dat dit eigendomsrecht aan eene opschortende voorwaarde is onderworpen, t. w. dat het water hetzij geheel achterwege blijve, zonder een anderen loop over den grond van een anderen eigenaar te nemen, of dat zich een eiland vorme; dat voorwaardelijk recht, hetgeen zeker niet kan geloochend worden tegenover art. 644 B. W., ware alleen reeds voldoende om den eenen oevereigenaar het recht toe te kennen te waken, dat de andere oevereigenaar zijne werken, zijne inbezitneming beperke tot aan de lijn, die men veronderstelt in het midden van de rivier getrokken te zijn: hoe anders zou die eene oevereigenaar ooit dat stellige recht kunnen uitoefenen?

Dat het conflict tusschen twee oevereigenaars bij niet-bevaarbare rivieren op de door ons voorgestane wijze behoort beëindigd te worden, dat eens ieders recht *tot in de helfte* dier rivieren moet worden gehandhaafd, zonder met eene niet-ontvankelijkheid naar huis te worden gezonden, wordt ten volle bewezen door hetgeen in de praktijk herhaaldelijk voorkomt, wanneer zoodanige rivier, zoodanige beek kronkelend en slangsgewijze den eigendom van een enkelen eigenaar doorkruist. Wil die eigenaar zich de moeite en kosten getroosten om alsdan een rechten loop aan de rivier of beek te geven, nadat hij daartoe van de bevoegde macht de noodige vergunning heeft bekomen — vergunning die altijd zal verleend worden, indien deze nieuwe loop voor de overige eigenaars niet nadeelig wordt — aan wien behoort

dan de oude bedding, die zeer vaak veel uitgebreider is dan de nieuwe bedding? Zal de eigenaar van die verlatene bedding alsdan slechts kunnen in bezit nemen een deel gelijk aan den grond, dien hij verloren heeft? Wij voor ons hebben hier in de provincie dergelijke werken zien maken op de grens van de gemeenten Wittem en Gulpen en niemand is het in de gedachte gekomen om de verlaten bedding of slechts een deel daarvan aan dien eigenaar te betwisten. En wanneer twee eigenaars gezamenlijk door verlegging van den bodem der rivier tot hetzelfde doel willen komen, zal alsdan iedere eigenaar op de geheele uitgestrektheid van zijn land niet de helfte der verlaten bedding verkrijgen? Bewijs derhalve, dat de oevereigenaars reeds een onbetwistbaar recht op die rivieren kunnen uitoefenen, met uitsluiting van ieder ander. En toch, de vraag die ons bezighoudt heeft onder de Fransche schrijvers aanleiding gegeven tot een buitengewonen strijd, terwijl de Fransche jurisprudentie, aanvankelijk in onzen geest, later tot het besluit is gekomen, dat de niet bevaarbare noch vlotbare rivieren zijn *res nullius*, daarbij miskennende de realiteit die een ieder kan waarnemen, waar op zoo vele duizenden plaatsen in soortgelijke rivieren kunstmatige inbezitnemingen zijn aangebracht.

Wij wenschen die schrijvers vooreerst na te gaan en ontmoeten in het eerste gelid Merlin, voce *Rivière* § 22, 1: „Avant l'absolution du régime féodal, c'était une question „fort controversée si ces rivières (non navigables ni flottables) „appartenaient aux seigneurs haut-justiciers ou si elles „faisaient partie des propriétés dont elles baignaient les „bords. Depuis que la féodalité et les justices seigneuriales „ont disparu, les lois n'ont pas décidé la question: elles „ont seulement attribué aux propriétaires des héritages aboutissant aux rivières non navigables, le droit exclusif de „pêcher dans ces rivières."

Hoe dit is kunnen geschreven worden met het oog op art. 561 C. c. is voor ons een raadsel: behalve het visch-

recht hebben die eigenaars toch ook het recht op de eilanden, die zich in de rivieren vormen.

„Ce qui prouve que le droit n'emporte pas la pleine pro„priété des rivières elles-mêmes, c'est qu'il est généralement „reconnu que le gouvernement peut, par des travaux, „rendre navigable une rivière qui ne l'est pas et par ce „moyen la faire entrer dans le domaine foncier de l'état, „sans être tenu d'en payer le prix aux propriétaires riverains.” Hier moet men onwillekeurig de vraag stellen: welken prijs zou de Staat wel moeten geven, welke waarde heeft die grond, de bodem van eene niet-bevaarbare rivier, voor de oevereigenaars? Zouden zij niet meer gebaat zijn door langs hun eigendom eene bevaarbare rivier te zien stroomen? Zou die eigendom niet aanzienlijk in waarde gestegen zijn, zoo de Staat zich de kosten getroostte van de bevaarbaarmaking? Doch indien bij die werken de Staat een eiland aantrof in bezit bij de oevereigenaars, zoo hij werken moest amoveeren die aan de oevereigenaars toebehooren, door hen sedert onheuglijke jaren zijn daargesteld en sedert dien ongestoord bezeten, zou de Staat dat kunnen doen zonder onteigening en voorafgaande schadeloosstelling? Om daartoe te kunnen besluiten, zou het grondwettig beginsel van art. 151 niet in zoo algemeene bewoordingen moeten uitgedrukt wezen! Dat argument — ik mag het Laurent nazeggen — heeft derhalve weinig waarde en is trouwens verworpen door het Hof van Cassatie in Frankrijk bij zijn arrest van 17 Juli 1866, te vinden in Dalloz, *Rec. Pér.*, 1866 I bl. 391.

Maar wanneer wij Merlin opslaan in voce *Moulin* § VII art. 1 n°. IV, dan vinden wij daar weder de beste weerlegging van zijne eigene meening, hierboven medegedeeld. Het zij ons vergund, zijne eigene bewoordingen over te schrijven: „J'ouvre les ordonnances et j'y vois bien qu'elles „attribuent au roi la propriété des fleuves, des rivières na„vigables et de celles qui s'y déchargent; mais je n'aperçois „pas qu'elles touchent aux droits de propriété que les lois

„naturelles et romaines confèrent aux maîtres des terres ad„jacentes, sur les petites rivières, qui, par elles-mêmes, ne „sont ni navigables ni flottables. Je consulte les coutumes „et si j'en trouve quelques unes qui déclarent les seigneurs „justiciers propriétaires de ces petites rivières, je me dis à „moi-même: Il n'est pas possible qu' une disposition, aussi „contraire à la liberté naturelle, forme un droit commun."

En post alia: „A l'égard des auteurs, j'en trouve un „grand nombre d'accord sur le principe que les rivières „non navigables appartiennent à ceux dont elles baignent „les terres, et qu'il leur est permis d'appliquer à tous „leurs besoins, l'usage des eaux qu'elles roulent."

Daaruit volgt derhalve, dat ook deze schrijver in voce *Rivière* zich tegen onze stelling verklaart, terwijl hij in voce *Moulin* onze stelling aan het natuurrecht wil ontleend zien, en de tegenovergestelde leer, als strijdig met de natuurlijke vrijheid, eene onmogelijke noemt.

Wij zouden hier kunnen aanvoeren, dat ook Aubry en Rau, in de eerste editiën hunner aanteekeningen op Zachariae (I § 302 bl. 177 nt. 4), volmondig aan de oevereigenaars den eigendom dier rivieren toekenden, terwijl zij in latere editiën daarop zijn teruggekomen, om te doen blijken de waarheid der woorden van Laurent, VI n°. 15 bl. 25: „qu'il y a sur ce point un véritable chaos d'opinions dans la doctrine". Dit maakt het ons onmogelijk om al de schrijvers na te gaan. In de *Revue des revues de droit* vindt men, op bl. 59 tot bl. 93 van het VIIIste deel, overgedrukt de brochure van M. Rives, raadsheer in het Hof van Cassatie van Frankrijk: *de la propriété du cours et du lit des rivières non navigables et non flottables*, en daar resumeert die Schrijver in de eerste afdeeling, onder den titel: *Etat actuel de la doctrine*, wat tot dusverre vóór en tegen de bevestiging der door ons gestelde vraag was aangevoerd. Merlin, *Questions de droit*, voce *Cours d'eau*, wordt aldaar ook in de eerste plaats aangehaald, doch de Schrijver, die het gevoelen van den Procureur-Generaal bij het Hof van

Cassatie mededeelt in deze bewoordingen: „les petites ri-„vières n'appartiennent proprement à personne et ne dé-„pendent que de la puissance souveraine", vergeet daarbij aan te stippen, dat het Hof van Cassatie, blijkens zijn arrest van 23 Ventôse an X, het gevoelen van dien magistraat niet heeft gedeeld en het cassatieberoep heeft verworpen, den eigendom van den molenaar op den *cours d'eau* eerbiedigende: het arrest wordt door Merlin zelven medegedeeld met een klein na-pleidooi.

De tweede schrijver, Henrion de Pansey, die aangehaald wordt, beroept zich uitsluitend op art. 644 C. civ. (art. 676 B. W.) om zijn gevoelen te staven, dat de wet over den eigendom der kleine rivieren het stilzwijgen bewaard heeft. Er wordt herinnerd aan het decreet van 23 April 1791, waarbij de „assemblée constituante chargea „ses comités de féodalité, des domaines, du commerce et „d'agriculture, de lui présenter incessamment des principes „généraux et constitutionnels *sur la propriété du Cours de „l'eau*, sur la liberté des irrigations et sur la conservation „de la pêche". Doch deze constitutionneele beginselen zijn nimmer voorgedragen en de zaak is in hetzelfde stadium gebleven tot aan de afkondiging van den Code civil, met zijn art. 644, en nu voegt de Schrijver daarbij: „Cette „disposition donne, comme on le voit, aux propriétaires „voisins des petites rivières la faculté d'en user pour l'irri-„gation de leurs héritages; mais quant à la propriété de „ces rivières, au droit d'y construire des usines, à l'obli-„gation de les curer, à la conservation de la pêche, même „silence que dans les lois antérieures: le décret du 23 Avril „1791 n'a pas encore reçu son exécution."

Die autoriteit mag dus veilig buiten beschouwing blijven en wij zullen nader zien, dat de Fransche zoowel als de Belgische wetgever zich zorgvuldig onthouden heeft, eene uitdrukkelijke toekenning van dien eigendom in de wet op te nemen. Waarom? Omdat die eigendom, vermits hij is van specialen aard, als het ware slechts voorwaardelijk en

beperkt door de reglementen die daaraan verplichtingen verbinden, ook op speciale wijze zou moeten geregeld worden.

Dubreuil in zijne *Analyse raisonnée de la législation sur les eaux* wordt tot het besluit, dat de eigendom niet toekomt aan de oever-eigenaars, gebracht door art. 644 Code civ.: „Ces dispositions relatives au simple usage restent „étrangères au droit de propriété. De là nous avons conclu „que ces cours d'eau étaient aujourd'hui dans la classe de „ces choses qui comme le dit l'art. 714 du Code civil n'ap„partiennent à personne, dont l'usage est commun à tous „et dont les lois de police règlent la manière de jouir." En toch, Pardessus, in zijn *Traité des servitudes* n°. 77, was op grond van art. 561 Code civil tot de gevolgtrekking gekomen, dat de eigendom dier rivieren aan de oever-eigenaars behoort, doch zonder daar te stellen een volledige, onbeperkte, ja willekeurige eigendom. Want hij moet het water aan zijn natuurlijken loop teruggeven, de Regeering kan de rivier bevaarbaar maken, enz.

In 1824 schreef Daviel zijn werk: *Pratique des Cours d'eau*, waarin hij het gevoelen van Dubreuil bestrijdt: door de afschaffing der feodaliteit hebben de burgers met hunne vrijheid ook hun vrijen eigendom terug bekomen; „que les riverains sont devenus proportionnellement pro„priétaires du lit des Cours d'eau; que l'Etat ne s'est „substitué aux droits des seigneurs qu'en ce qui regarde „la police des eaux et non en ce qui concerne les droits „de propriété sur leur lit et leur rive: car attribuer aux „particuliers et non au Domaine les îles qui ne sont que „des parties du lit mises à nu", — *opgeheven rivierbed* noemt het Opzoomer — „c'est reconnaître évidemment „que le lit lui-même est privé et non domanial. Ainsi le „lit est une propriété foncière qui ne reconnait que les lois „de la police, tandis que l'eau est un bien commun à „tous. Prévenir les inondations ou les stagnations nuisibles; „maintenir sans danger le passage des gués, défendre les

„chemins de toute dégradation, en un mot, procurer le „libre cours des eaux: voilà le droit ou le devoir de l'ad„ministration."

Het is juist omdat vele schrijvers en de jurisprudentie het verschil tusschen het rivierbed en het stroomend water niet genoeg voor oogen hebben, dat zij tot de verkeerde conclusie komen, die wij hier bestrijden. Het water heeft zijn natuurlijken loop: men kan het dienstig laten wezen tot drijfkracht en alsdan, zooals voorheen bij de papierfabriek te Bunde, een grooten vijver maken om altijd bij drooge zomers water in voldoende hoeveelheid te hebben, mits het water slechts aan deszelfs natuurlijken loop worde teruggegeven. In dien loop is het water zeker eene *res communis* ten gerieve van den eersten inbezitnemer: haalt Gij een emmer water uit eene niet-bevaarbare rivier, wat doet Gij anders dan als *primus occupans* U den eigendom daarvan te verschaffen? Maar volgt uit die daad ook, dat Gij, ter plaatse waar Gij dien emmer water hebt gevuld, eenig eigendomsrecht op den bodem hebt uitgeoefend? Neen, dat water ging immers weer plaats maken voor ander water dat afkwam. Het is daarom, dat men over den aard en het rechtsbegrip van het water zich vooraf moet verstaan.

In het Romeinsche recht onderscheidde men drie soorten van *res nullius:* 1°. *de communia omnium*, d. i. al wat voor het leven van den mensch onontbeerlijk is, de zee, het water, de lucht, het licht; 2°. de *res divini juris*, die door de wet ook genoemd werden *res nullius*; 3°. de *res vacantes*, d. i. die zonder meester zijn, hetzij dezelve nimmer een eigenaar gehad hebben, hetzij de eigenaar dezelve heeft verlaten.

De eerste zijn alzoo de zaken, die volgens ons art. 575 B. W. (art. 714 C. c.) aan niemand toebehooren. Zij zijn omschreven in l. 2 § 1 Dig. I, 8 en § 1 Inst. II, 1. Wanneer wij nu zullen aangetoond hebben, dat art. 714 Code civil alleen op die *communia omnium* betrekking hebben kan, dan volgt daaruit, dat het argument, gebezigd door het Hof van Cassatie

en getrokken uit art. 714, niet kan dienen voor de beantwoording der door ons gestelde vraag. Wij meenen niet beter te kunnen doen, ten bewijze dat art. 714 C. civ. niets anders is dan eene vertaling der voormelde Romeinsche wetten, dan een beroep te doen op de geschiedenis der wet.

„Le projet primitif", zoo lezen wij in de *Pandectes Belges*, XVIII bl. 1130 n°. 3 in voce *chose commune*, „du „tome III de ce code, au moyen de l'art. 713, avait for„mellement exclu *l'occupation* des différents modes d'acquérir „la propriété, et il avait passé sous silence la disposition „de l'art. 714. Mais la Cour d'appel de Paris présenta des „observations relativement aux éléments ou aux choses com„munes proprement dites, en tant qu'elles sont capables „d'occupation temporaire. „Entend-on", disait cette Cour, „„soustraire aux particuliers la faculté d'acquérir ces choses „„pour les donner à la nation? Est-ce qu'un particulier qui „„va puiser de l'eau à la rivière, n'acquiert pas le domaine „„de l'eau qu'il y a puisée?" C'est par suite de ces critiques „que l'on a inséré dans la loi un nouvel article consacrant „le droit aux choses communes et cet article fut l'art. 714 „du Code civil."

En wanneer wij ons dan doordringen van dat rechtsbegrip, dat het water is eene *res communis omnium*, dus strekt ten behoeve van een ieder, zonder uitsluitend in eigendom te zijn bij iemand, wien ook, zelfs niet den Staat, en daarnaast het oog vestigen niet alleen op het eigendomsproces dat wij hier bespreken, maar op de menigvuldige inbezitnemingen van de niet-bevaarbare rivieren die men overal aantreffen kan, hoe is het dan nog mogelijk met het Hof van Cassatie, arrest van 16 Juni 1846, aan te nemen, dat het water en de bedding waarover het stroomt door hunne vereeniging een geheel uitmaken, „une seule et même nature de biens", dat door dezelfde wetsbepalingen zou moeten beheerscht worden?

Ik zou veeleer met Marcadé, II n°. 438 bl. 420, willen zeggen: „Prétendre que les petites rivières ne sont pas

„plus que les grandes susceptibles par leur nature de pro-„priété privée, C'EST NIER L'ÉVIDENCE. Leur lit est assez „restreint en profondeur et en largeur pour qu'on puisse y „mettre des digues, des barrages, des ponts; y asseoir des „constructions, des usines, des établissements de tous „genres; en extraire du sable; en modifier ou changer le cours, „etc.; la possession de l'homme peut donc les saisir."

Dat is immers zoo waar, dat wanneer de muur, waarover beklag en waarvan de amotie geëischt werd, midden in de beek ware geplaatst, alzoo als scheidsmuur, hij door den anderen oevereigenaar, mits tegen betaling der kosten van den muur, ook had kunnen gebezigd worden om een gebouw of andere werken op de beek daar te stellen, zoo deze eigenaar daartoe de vereischte vergunning bekwam van het openbaar gezag. Wie zou hem het recht daartoe kunnen ontzeggen? En wat zien wij in de stad onzer inwoning? Geheele huizen gebouwd op de niet bevaarbare Jeker-rivier. Wie onzer lezers herinnert zich niet het ongeluk van den jongen man, die met den geheelen ondervloer van zijn woonhuis in de rivier stortte, toen deze in 1891 na den winter eene ongekende hoogte had bereikt?

Wij gaan thans voort den „chaos d'opinions" te ontwarren en treffen in 1828 Merlin aan (zie *Répertoire de Jurisprudence*, 1828, T. XV bl. 548 2de kol.), die ter bestrijding van Toullier, II nº. 141, een beroep doet op art. 563 C. civ. (ons art. 647) om tot de conclusie te komen, dat door aldus te beschikken ten voordeele van de andere eigenaars „les propriétaires adjacents à l'ancien lit n'y ont „aucun droit de propriété", doch ons verder geene argumenten voor zijne meening leert kennen.

Duranton maakt ook het verschil tusschen het water, *aqua profluens*, dat aan niemand toebehoort, en de bodem waarop dat water stroomt, die de eigendom is der oevereigenaars.

Den heftigsten bestrijder der door ons voorgestane meening vinden wij in Proudhon, *Traité du domaine public*

II^{de} deel, die het geheele tweede hoofdstuk aan de vraag wijdt en in de nummers 947 tot 956 niet minder dan 11 argumenten aanhaalt tot staving zijner meening, als: het politierecht op die rivieren; de vrijstelling van grondbelasting; het recht om die rivieren bevaarbaar te maken; art. 563 (ons art. 644); het recht van alluvie omschreven in art. 557; het recht om een watermolen op te richten met vergunning van het openbaar gezag, zonder toestemming der andere oevereigenaars; de wetgever heeft het Romeinsche recht willen behouden; het recht om te laten vlotten „à bûches perdues"; de civiele wet heeft de oevereigenaars het recht van visschen en waterneming (irrigatie) moeten toekennen; en eindelijk art. 544 C. civ. obsteert aan het eigendomsrecht der oevereigenaars.

Een niet minder vurigen voorstander van onze meening treffen wij aan in Troplong, doch herinneren wij nog, dat in 1829 Garnier in zijn *Traité des rivières et cours d'eau de toute espèce* ook het gevoelen van Daviel deelt, dat uit eene vergelijking van verschillende artikelen van den Code civil noodwendig volgt, dat de niet bevaarbare noch vlotbare rivieren aan de oevereigenaren toebehooren; „les lois", zegt hij, „en faisant payer aux riverains la con-„tribution foncière jusqu'au milieu du lit, en leur imposant „la charge de curage, en leur accordant la pêche, confir-„ment encore cette propriété." Uit een onderzoek, door ons ten hypotheekkantore alhier ingesteld, is ons gebleken, dat soortgelijke rivieren in iedere gemeente onder één nummer van iedere sectie *ten name der gemeente* gebracht worden, zoodat daarvan geene grondbelasting geheven wordt. Ook art. 644 C. civ. (art. 676 B. W.), waarbij aan den eigenaar zoo uitvoerige rechten worden gegeven, is niet te verklaren, indien men den eigendom niet aan de oevereigenaars toekent; wij betoogden zulks hierboven. „La liberté que cet article „confère à celui dont la rivière traverse l'héritage, de la „détourner, d'en changer le cours, de la faire couler tantôt „à droite, tantôt à gauche est, sans contredit, la preuve la

„plus convaincante d'une propriété véritable, puisqu'il peut „la faire couler dans ses parcs, ses jardins ou ses enclos."

Na Garnier ook Chardon in zijn *Traité du droit d'alluvion* (1830), in deze bewoordingen: „Tous les biens „ont un maître en France. Il faut, dès lors et nécessaire- „ment, que le lit des cours d'eau non navigables appartienne „au domaine public ou aux riverains. Or, l'art. 538 n'attri- „bue à ce domaine que les cours d'eau navigables et flot- „tables; les autres sont donc aux riverains. Aussi l'art. 644, „en parfaite harmonie avec cette attribution tacite en faveur „des riverains, reconnait-il leur droit exclusif à toutes les „eaux courantes, autres que celles désignées par l'art. 538."

Troplong, *De la Prescription* n°. 145, behandelt de strijdvraag uitvoerig, vooropstellende dat zij eene der moeielijkste is, die de jurisprudentie oplevert. „Je serais „presque tenté", zegt hij, „de l'appeler avec Montaigne, „*question pour l'ami*, tant les textes sur lesquels on dis- „cute sont à la fois contraires les uns aux autres, et cepen- „dant imposants par leurs conséquences." Wij zullen, om niet in herhaling te treden, de argumentatie van dien geleerden Schrijver niet ontwikkelen en ons beperken tot eene verwijzing naar dit betoog, dat acht bladzijden omvat van de voor ons liggende Belgische editie. Alleen willen wij hier nog aanstippen, dat ook de verjaring volgens Troplong den eigendom doet verkrijgen aan hem die zelfs zonder titel een molen op soortgelijke rivieren heeft daargesteld. „Ceci posé on arrive à une conséquence irré- „fragable: c'est que la création d'un moulin sur un cours „d'eau appartenant à autrui, peut, alors même qu'il serait „élevé sans autorisation, se consolider par la prescription „de trente ans et le propriétaire du cours d'eau, qui en „aurait souffert le maintien pendant ce laps de temps, „serait réduit au silence; il ne pourrait ni faire disparaître „l'usine ni faire modifier son niveau d'eau" (n°. 146 in fine)[1]).

---

[1]) Men vergelijke het arrest van het Hof van Cassatie van 19 April 1841.

Mag men dan met de Maastrichtsche Rechtbank aannemen, dat hij die er over klaagt dat een muur in de beek verder dan de middellijn door den anderen oevereigenaar is geplaatst in dat beklag moet niet-ontvankelijk verklaard worden? Zonder de actie tot amotie zou toch die oevereigenaar na dertig jaren een onbetwistbaar eigendomsrecht verkregen hebben. *Jus in causa positum*, de daarstelling van dien muur druischt aan tegen het recht van natrekking, aan de oevereigenaars toegekend door art. 644 B. W.

De brochure van Rives deed ook Championnière in het strijdperk treden met een artikel in de *Revue de législation*, 21 bl. 1, tot opschrift voerende: *De la propriété des eaux courantes et particulièrement des eaux non navigables ni flottables*, hetwelk ik overgedrukt vind in de *Revue des Revues de droit*, VIII, bl. 109—126. Uit dit opschrift blijkt reeds, dat die Schrijver zich geen goed denkbeeld vormde van het juridiek begrip, dat men aan de *communia omnium, het water*, moet hechten, en zeer juist kon dan ook Sacase, raadsheer in het Hof van Toulouse, de leer bestrijden in zijn *Mémoire*, aan de Academie van wetgeving van Toulouse voorgelezen en overgedrukt in de *Revue critique de législation et de jurisprudence*, Mei 1853, deel III, bl. 310, onder den titel: *De l'usage et de la propriété des eaux courantes*, waarin hij begint met de stelling: „L'eau, considérée comme „élément, n'appartient à personne et elle est à l'usage de „tous: telle est sa condition primitive."

Het zou ons te ver voeren, indien wij langer bij deze beide schrijvers bleven stilstaan; wij erkennen, dat juridisch het water is *res communis omnium* en ter beschikking van den eersten inbezitnemer, mits eerbiedigende de deswege bestaande reglementen; dit neemt niet weg, dat bij de niet-bevaarbare rivieren de bodem, waarover dit water vloeit, is de eigendom der oever-eigenaars. Dit heeft de Fransche wetgever ook in 1829 uitdrukkelijk erkend bij de discussie der wet van 15 April van dat jaar. Troplong deelt ons mede, dat al de redenaars van de Chambre des Pairs

hebben volgehouden, dat de bedding der kleine rivieren privaat-eigendom was; het zij ons vergund hier over te nemen, wat de rapporteur dier wet, de heer de Malleville, aan de Kamer voordroeg:

„L'ordonnance de 1669, comme la loi de l'an X et le „C. civ., ne comprennent dans le domaine de l'Etat que les „seules rivières navigables et flottables. La propriété des „autres cours d'eau semble donc, par cela même, devoir „être considérée comme la propriété du riverain; et telle „est, en effet, l'opinion générale des divers auteurs qui se „sont occupés de cette matière. Or, comme le droit de „pêche n'est que l'accessoire de la propriété, il en résulte „nécessairement que ce droit n'appartient à l'Etat que sur „les cours d'eau navigables, et qu' à l'égard des autres, „c'est aux riverains qu'il appartient de l'exercer. Ce prin„cipe se trouve déjà consacré par la délibération de la „Chambre sur l'art. 2; mais une des conséquences inévi„tables qu'il entraîne est la nécessité d'indemniser les „riverains, lorsque l'Etat les dépouille de leur droit pour „cause d'utilité publique. Sans doute la propriété des cours „d'eau ne ressemble pas en tout aux propriétés ordinaires, „et elle est soumise à quelque restriction dans l'intérêt „général; mais ce n'est pas moins une propriété, et une „indemnité est due pour la privation des droits qui en „résultent. On a objecté, contre la proposition faite à cet „égard par la commission, que le C. c. art. 563, en attri„buant, dans le cas de déplacement du lit d'une rivière, le „lit abandonné pour indemnité au propriétaire des terrains „remplis par le nouveau lit, semblait avoir décidé que le „lit de la rivière n'appartient pas au riverain. Mais, quand „il serait vrai que telle serait la conséquence à tirer d'une „disposition faite pour un cas exceptionnel, il faudrait „toujours remarquer que dans le § cité, il ne s'agit ni de „la propriété du sol, ni de celle du cours d'eau, mais „seulement de celle du droit de pêche, que le projet lui„même attribuait aux riverains."

Troplong laat hierop volgen: „On remarquera que „cette opinion est d'autant plus grave qu'elle est l'expres-„sion du voeu de la commission, qui avait proposé d'office „le § tendant à indemniser le riverain dépossédé du droit „de pêche, § qui n'existait pas dans le projet."

„Il est vrai que le ministre des finances combattit l'idée „que les riverains sont propriétaires de la rivière; il soutint „que les rivières non navigables ni flottables sont propriété „publique; il invoqua l'art. 563, qui est loin de le prouver."

„M. Malleville maintint ses assertions, et M. d'Ar-„gout, pour les confirmer, invoqua le fait que le gouver-„nement lui-même porte, au nom des riverains, sur le „cadastre et sur les rôles de l'impôt, les portions du lit „des rivières non navigables qui bordent leur propriété ou „qui y sont enclavées."

„M. de Peyronnet soutint le même avis, et en „homme à qui l'on ne peut refuser un coup-d'oeil péné-„trant, il le plaça sur des bases inébranlables par les art. „560 et 561, qu'il signala comme de nature à trancher „la difficulté."

„M. de Barante reconnut aussi que l'Etat n'a qu'un „droit de police, et non un droit de propriété, sur les „cours d'eau non navigables."

„Enfin, revenant à la charge, le ministre des finances „déclara qu' admettre le § proposé par la commission, ce „serait reconnaître que les riverains sont propriétaires des „cours d'eau non navigables ni flottables, tandis qu'ils ne „sont qu'une propriété pour l'usage du public."

„M. de Pontécoulant réfuta cette assertion, et „fit „„observer, au surplus, que sans examiner si les riverains „„sont propriétaires du lit, il suffit que le droit de pêche „„soit reconnu, pour que la privation donne lieu à une in-„„demnité". Ce § fut adopté."

Troplong vraagt, waar alleen de Minister het domaine public dier rivieren verdedigde, zonder dat zich eene stem tot ondersteuning zijner meening verhief, of niet de stemming

der Kamer, in verband met de discussie en vooral met de beweegredenen der commissie, het sterkste vermoeden daarstellen ten behoeve zijner stelling. De tegenstanders kunnen deze autoriteit niet wraken. En even groot gezag moet men toekennen aan hetgeen in 1876 in België is geschied.

De Belgische wetgever, zie *Ann. parl.*, *Ch.* 1876—77 bl. 409, heeft volgens de *Pandectes Belges* XXXIV, in voce *Eaux courantes non navigables ni flottables* n°. 23, de vraag onopgelost gelaten: „Discutée pendant plusieurs séan„ces à la Chambre des représentants, lorsque la loi sur „la police des cours d'eau fut soumise aux délibérations „de cette assemblée, elle n'a pas été résolue; le législa„teur a reculé devant la difficulté d'une solution. La ques„tion est donc encore aujourd'hui dans le domaine de la „controverse."

De twist is voortgezet. Demolombe heeft het gevoelen van Proudhon verdedigd: men vergelijke de n°s. 128—143, deel V, Belgische Editie, bl. 280—290. Bij Dalloz, *Répertoire*, voce *Eaux*, deel XIX, n^rs^. 208—213, worden de vier stelsels ontwikkeld. Marcadé II, n^rs^. 437—438, bl. 418—420, en Laurent, VI, bl. 25, n^rs^. 15 vlg., zijn onze bondgenooten, terwijl de *Pandectes Belges*, t. a. p. n^rs^. 24 tot 69, een uitvoerig overzicht geven van de Belgische schrijvers en de Belgische Jurisprudentie [1]).

Wij achten ons derhalve gerechtigd met Marcadé te zeggen, dat de overgroote meerderheid der schrijvers het gevoelen is toegedaan, dat de Staat, eigenaar geworden van alle rivieren door de afschaffing van het feodale regime, den eigendom der kleine rivieren heeft toegekend aan de oever-eigenaars bij de invoering van den Code civil. Wanneer men deze schrijvers aandachtig leest; wanneer men

---

[1]) Op nummer 38 der *Pandectes Belges* vindt men de Belgische jurisprudentie medegedeeld, die ons gevoelen ondersteunt, terwijl men in voce *Eaux* in de *Répertoire général* van Jamar de geheele Belgische Jurisprudentie vermeld vindt, die nog al tamelijk uiteenloopend is. Verg. nog nrs. 43, 61 en 62 der *Pand. B.*, t. a. p.

die interpretatie der wet gereedelijk volgt, welke zich logisch opdringt bij onze stelling; wanneer men ziet dat de andere schrijvers het antwoord moeten schuldig blijven, waarom het opgeheven rivierbed aan de oever-eigenaars wordt toegekend — dan moet een logische gedachtengang den jurist weerhouden, den wetgever eene inconsequentie toe te dichten, vooral waar feitelijk heinde en ver talrijke inbezitnemingen te constateeren zijn.

De lezing der jurisprudentie heeft ons evenmin kunnen overtuigen van het tegendeel. Wel is het Fransche Hof van Cassatie sedert zijn arrest van 10 Juni 1846 — te vinden in Dalloz, *Rec. Pér.*, 1846 I bl. 177—180, met eene zeer uitvoerige en lezenswaardige annotatie — zijn stelsel steeds blijven volhouden; doch wij toonden het reeds hierboven aan, dat de premisse van dat arrest in strijd is met de werkelijkheid: wij kunnen niet aannemen, dat èn het water èn de bedding een en dezelfde soort van goederen daarstelt. Doch men houde vooral bij de lezing der arresten van dat hooge rechtscollege de feiten voor oogen. Zoo kunnen wij ons de bevestiging van het arrest van het Hof van Pau van 22 Augustus 1848, bij arrest van het Hof van Cassatie van 17 Juni 1850 (Dalloz *Rec. Pér.*, 1850 I bl. 262) verklaren, waar een molenaar, tot uitoefening van zijn bedrijf en om dit mogelijk te maken, een dam heeft gelegd tot aan den anderen oever, ten einde zich aldus de noodige waterkracht te verschaffen: de eischers tot amotie erkenden, hoegenaamd geene schade te hebben, en volgens art. 645 C. civ. moet de rechter trachten de verschillende belangen met elkander in overeenstemming te brengen [1]); dezelfde beslissing had derhalve anders kunnen gemotiveerd zijn. Wij kunnen ons ook de vernietiging van het arrest van Parijs van 2 Augustus 1862 (zie Dalloz, *Rec. Pér.*,

---

[1]) Dit artikel, zegt Laurent, lost de geheele moeielijkheid op, omdat de wetgever daar uitdrukkelijk gewaagt van „respect dû à la „*propriété:* l'art. 645 consacre donc en termes formels la doctrine de „la propriété des riverains."

1863 II bl. 122) bij arrest van 8 Maart 1865 (zie Dalloz, *Rec. Pér.*, 1865 I bl. 130) verklaren, waar twee buurlieden ruzie krijgen over de vraag, of de een den ander kan beletten, met een bootje over eene niet-bevaarbare rivier te varen, door daarin een ketting aan te brengen. Wat deerde dit, zouden wij gevraagd hebben, aan de eigendomsrechten van dien lastigen buurman op de bedding der rivier? Doch verondersteld, dat hij daarin had aangebracht bijv. eene groote eendenkooi, dat hij alzoo de bedding der rivier had in bezit genomen, zou dan de eischer in cassatie, die nu zijn proces gewonnen heeft, recht gehad hebben amotie te vragen van die werken om te kunnen varen [1]).

Men ziet, dat het derhalve niet altijd opgaat, een beroep te doen op een gewijsde zonder daarbij de feitelijke gegevens na te gaan. In het door ons besproken geval loopt de Geleenbeek midden door de stad: de oever-eigenaar heeft het recht, zooals men te Valkenburg kan zien, een koepel op de helfte der rivier aan te brengen: de amotie vragen van werken, die hem zulks beletten, moet derhalve in het Nederlandsche recht ook mogelijk wezen.

Maastricht, 30 November 1892.

---

[1]) Wil men een voorbeeld van *verwaande* rechtspraak, men leze dan het vonnis van den vrederechter van het kanton Premery, Dalloz, *Rec. Pér.*, 1885 III bl. 56; gaarne nemen wij daaruit over, hoe deze kantonrechter èn de Hoven van appel èn de schrijvers toetakelt: „que, pour établir ce point de droit, la Cour suprême invoque des „arguments très-puissants, que certains commentateurs et quelques „arrêts de cours d'appel ont vainement essayé de détruire; que ces „arguments subsistent encore aujourd'hui dans toute leur force, etc."

DE EED DER PARTIJEN IN HET PRIVAATRECHT,

DOOR

Mr. P. A. TICHELAAR.

Von Jhering maakt er den Romeinschen jurist Paulus geen gering verwijt van, dat hij ons in *fr.* 37 *de pign. act.* 13.7 en *fr.* 1 § 20 *de adq. vel am. poss.* 41.2 eene juridische constructie heeft achtergelaten, die de uitleggers van het Romeinsche recht in zake de bezitsleer gedurende eeuwen op een dwaalspoor heeft gebracht, totdat het von Jhering gegeven werd, de onbetrouwbaarheid van zijn leidsman te ontdekken en het juiste spoor weer te ontwaren [1]). Ook in zijne uitspraken over den aard en de bruikbaarheid van den eed in het privaatrecht is genoemde jurist volgens vele schrijvers niet gelukkiger geweest; men vindt zijne uitspraak in *fr.* 2 *de jurej.* 12.2: *jusjurandum speciem transactionis continet majoremque habet auctoritatem quam res judicata*, op den decisoiren eed toegepast, onjuist, omdat de processueele handelingen, waarbij een eed wordt opgedragen en aangenomen of teruggewezen, geene overeenkomst vormen; en wanneer Paulus in *fr.* 38 *h. t.* den dwang tot eedsaflegging of terugwijzing rechtvaardigt door de bekende woorden: *manifestae turpitudinis et confessionis est nolle nec jurare nec jusjurandum referre*, dan is men het er over eens, dat deze regel veel te algemeen luidt en zijne toepasselijkheid geheel wordt bepaald door de eigenaardigheid van het bijzondere geval. Anderen wijzen tot

---

[1]) Von Jhering, *der Besitzwille*, bl. 273: eine reale Bedeutung kommt diesen Constructionen nicht zu; bl. 413: ich meinerseits folge dem römischen Recht, nicht dem Paulus.

verklaring van Paulus' woorden op het verschil van den beslissenden eed in het Romeinsche recht en in het onze, n.l. dat hij bij de Romeinen liep over de geheele rechtsbetrekking, bij ons alleen over bepaalde daadzaken [1]); in het Romeinsche recht beëindigde hij het proces en maakte een vonnis overbodig, vandaar kon hij daar eerder eene overeenkomst, eene dading heeten dan bij ons, waar nog steeds een vonnis moet volgen en hij dus meer het karakter van een bewijsmiddel draagt [2]). Door Demelius is echter aangetoond, dat men bovengenoemde uitspraken verkeerd heeft begrepen en de schuld in deze niet bij Paulus, maar bij de uitleggers ligt [3]). Langs vrij eenvoudigen weg toch komt hij tot het resultaat, dat wij in den pandektentitel *de jurejurando sive voluntario sive necessario sive judiciali* eene scheiding moeten maken tusschen de plaatsen, die handelen over den eed, waarvan partijen buiten of in het proces krachtens overeenkomst hare rechtsverhouding afhankelijk stellen, andere, die handelen over den suppletoiren, en ten slotte plaatsen, die betrekking hebben op den decisoiren eed. De fragmenten van dien titel zijn n.l. voor een groot deel afkomstig uit de edictscommentaren van Paulus en Ulpianus, en wel uit het 18e en 28e boek van den eersten, uit het 22e en 26e boek van den tweeden; in het 18e resp. het 22e boek vinden wij gehandeld over het *jusjurandum voluntarium*, in het 28e resp. het 26e over het *jusj. necessarium;* fragmenten uit andere boeken en werken geven gewoonlijk door hun inhoud aan, welke eed

[1]) Dat bij de Romeinen een eed over 't recht zelve niet vreemd was, vindt volgens von Bar, *Recht und Beweis im Civilprocess*, bl. 128, zijne verklaring in hunne kennis van het recht; na de receptie werd wegens onkunde van het recht een rechtseed onmogelijk.

[2]) Ten onzent: van Boneval Faure, in *Ned. Jaarboeken*, 1850, bl. 641; S. M. in *Opmerkingen en Mededeelingen*, 1849, bl. 145. R. Feith, *De decisoire eed*, acad. pr. 1892, bl. 32, wijst tot verklaring op het verschil tusschen de Romeinsche bewijstheorie en de onze.

[3]) Demelius, *Schiedseid und Beweiseid im röm. Zivilprozesse.* Leipzig, 1887.

bedoeld wordt, terwijl de eenige plaats, die over 't *jusj. judiciale* handelt, is *fr.* 31 uit Gajus' 30e boek *ad edictum provinciale*. Gaan wij met deze gegevens den geheelen titel na, dan zien wij, dat overal, waar de eedshandelingen eene overeenkomst worden genoemd of met deze op eene lijn worden gesteld, sprake is van een *jusj. voluntarium*, dat ook werkelijk op eene overeenkomst berustte, zooals *fr.* 2, 17, 25, 26 [1]). *Fr.* 35 uit Paulus' 28e boek is de eenige plaats, die 't *jusj. nec.* met eene overeenkomst vergelijkt; zij luidt: *tutor pupilli omnibus probationibus deficientibus, jusjurandum deferens audiendus est, quandoque enim pupillo denegabitur actio. Prodigus, si deferat jusjurandum, audiendus non est. Idemque in ceteris similibus ei dicendum est, nam sive pro pacto convento, sive pro solutione, sive pro judicio hoc jusjurandum cedit, non ab alio delatum probari debet, quam qui ad haec habiles sunt.* Nu schijnt het mij echter eene niet te gewaagde onderstelling toe, dat de woorden *idemque* enz. van de compilatoren afkomstig zijn; de zinbouw toch is zeer gewrongen, de woordvoeging stijf; de vergelijking is dan niet van Paulus, maar van Tribonianus.

De zoogenaamde vrijwillige eed schijnt bij de Romeinen zeer gebruikelijk te zijn geweest. Ook op dezen doelt Gajus in het fragment, dat de compilatoren aan het hoofd van den titel hebben geplaatst: *maximum remedium expediendarum litium in usum venit jurisjurandi religio, qua vel ex pactione ipsorum litigatorum vel ex auctoritate judicis deciduntur controversiae.* De praetor had in zijn edict de gevolgen van dezen eed geregeld; volgens Lenel [2]) moet dit edict hebben geluid: *si is cum quo agetur condicione delata juraverit sive cum jurare paratus esset, jusjurandum ei remissum*

---

[1]) *Fr.* 25 is wel uit Ulpianus' 26e boek, maar, daar een slaaf als handelende partij voorkomt, lijdt het geen twijfel, of wij hebben hier met een *jusj. voluntarium* te doen; dat dit ook soms ter sprake kwam, waar hoofdzakelijk over het *jusj. nec.* werd gehandeld, behoeft ons niet te verwonderen; hetzelfde geldt voor *fr.* 23 en 24.

[2]) *Edictum perpetuum*, bl. 117.

fuerit, *ejus rei*, *de qua jusjurandum delatum fuerit*, *neque in ipsum neque in eum ad quem ea res pertinet actionem dabo;* wij vinden dit bijna woordelijk in *fr.* 3 en 7. Nu verdient het m. i. opmerking, dat in het edict alleen sprake is van het weigeren der actie; hierdoor wordt dus ondersteld, dat de eed over de geheele zaak loopt en afgelegd wordt door den schuldenaar; bovendien wordt daardoor ondersteld, dat bij den praetor geen twijfel bestond of de eed was afgelegd. Wel zegt Ulpianus in *fr.* 9: *aut si controversia erit*, *id est si ambigitur an jusjurandum datum sit*, *exceptioni locus est*, maar deze exceptie heeft waarschijnlijk oorspronkelijk niet in het edict gestaan. Deze redenen doen mij vermoeden, dat de praetor alleen het oog had op het geval, dat voor hem *in jure* door den verweerder de eed werd afgelegd; in dat geval gaf hij de actie niet. In deze meening word ik versterkt door de omstandigheid, dat het edict in Ulpianus' edictscommentaar in 't zelfde boek heeft gestaan als de *interrogationes in jure*, in Paulus' commentaar in 't volgende [1]).

Later stelden partijen ook buiten geding hunne rechtsverhouding van de eedsaflegging afhankelijk, zoowel van den eed van den eischer als van den verweerder; de eerste verwierf eene actie, *in qua hoc solum quaeritur an juraverit dari sibi oportere vel*, *cum jurare paratus esset*, *jusjurandum ei remissum sit*, *fr.* 9 § 1, de laatste *denegatio actionis* of eene *exceptio jurisjurandi.* Voor het laatste is natuurlijk noodig, dat de grondslag van den eisch onder eede ontkend is; de geheele eisch toch moest er door vervallen. Voor het eerste is evenzoo noodzakelijk, dat de grondslag van den eisch onder eede is bevestigd, niet aldus, dat de zaak reeds rijp is tot executie, maar zoo, dat uit de beëedigde feiten een recht voor den eischer voortspruit; de rechter

[1]) Demelius wijst er wel op, dat deze eed ook in het geding kan voorkomen, maar hij houdt dit niet voor het door het edict bedoelde geval; de verhouding van de *denegatio actionis* tot de exceptie kan kan hij dan ook niet verklaren, bl. 34.

heeft dan uit te maken, in hoeverre de tegenpartij tot eene praestatie is verplicht [1]). Zoo vinden wij in *fr.* 13 § 4 den eed vermeld: *se societatem fecisse;* deze eed was voldoende om daarop eene actie te baseeren en de rechter moest beslissen, welke rechten en verplichtingen hieruit voortsproten. Op deze en dergelijke eeden kan men nu echter onmogelijk het praetorische edict: *solvere aut jurare cogam* laten slaan, zooals door von Savigny [2]) en andere schrijvers geschiedt. Een alternatief tusschen *jurare* en *solvere* kan alleen gesteld worden, waar de te beëedigen feiten tot eene bepaalde en onveranderlijke praestatie verplichten. Dergelijke eeden konden echter wel als *jusj. voluntarium* tot een resultaat leiden; in de actie, die op grond er van gegeven werd, golden de beëedigde feiten als bewezen; de praetor moest natuurlijk den rechter in de *formula* hierop wijzen; hij kon dit doen door de *formula* te beginnen met eene *demonstratio: quod A. A. juravit societatem fecisse*, waarop dan kon volgen: *quidquid ex societate dare facere oportet* enz. [3]). Fierich [4]), die meent, dat in de meeste gevallen de afgelegde eed geen invloed had op den vorm

---

[1]) Het kon ook zijn, dat de zaak door den eed reeds rijp was voor executie; bestond dan de mogelijkheid daartoe? Demelius ontkent dit; Fierich daarentegen meent die mogelijkheid te moeten aannemen, *Zeitschrift f. d. Privat- und öff. R. der Gegenwart*, XVI, bl. 80; nl. voor het geval, dat omtrent de eedsaflegging geen twijfel bestond. Fierich beroept zich alleen daarop, dat er dan geen stof voor het *judicium* bestond, niet op plaatsen uit de bronnen. Nu is er echter m. i. eene plaats, die zijne meening steunt, n.l. c. 8 *de R. C.* 4. 1. Wij lezen aldaar: *actori delato vel relato jurejurando, si juraverit vel si remissum sit sacramentum, ad similitudinem judicati in factum actio competit.* Hier is waarschijnlijk zoowel sprake van het *jusj. voluntarium* als van het *necessarium.* Op den eerstgenoemden eed wijst n.l. het *actori delato*, daar de eedsopdracht bij het *jusj. necessarium* steeds uitging van den eischer; wij vinden hier dan echter gelijkstelling van het *voluntarium* met een vonnis.

[2]) *System*, VII, bl. 60.

[3]) Demelius, bl. 35; Lenel, bl. 118.

[4]) T. a. p., bl. 92.

der *formula*, vergeet, dat de rechter dan ook niet verplicht zou zijn geweest er op te letten, welke verplichting echter duidelijk blijkt. Dat in *fr.* 14 § 3 de actie geen bijzonderen naam draagt, maar eenvoudig *ex empto*, *pro socio*, *pignoratitia* heet, wordt door bovengenoemde *formula* voldoende verklaard; *fr.* 11 § 3, 13 § 5 noemen de actie *utilis*; dat deze naam niet noodzakelijk op eene fictie wijst, is bekend.

Eene vraag, die zich bij dezen eed voordoet, is: wanneer bestond hier eene bindende overeenkomst, eerst nadat de eed was afgelegd, of ook reeds vóór dien tijd? Demelius meent het eerste en Gradenwitz, zich hierbij aansluitende, ziet er een soort reaalcontract in [1]). Ik meen echter het tegendeel te moeten aannemen; het volgt m. i. uit *fr.* 6: *remittit jusjurandum*, *qui*, *deferente se quum paratus esset adversarius jurare*, *gratiam ei facit contentus voluntate suscepti jurisjurandi. Quodsi non suscepit jusjurandum*, *licet postea parato jurare actor nolit deferre*, *non videbitur remissum; nam quod susceptum est remitti debet;* uit den tweeden zin toch volgt noodzakelijk a contrario, dat, wanneer hij, aan wien de eed is opgedragen, zich terstond bereid verklaard heeft hem af te leggen, de tegenpartij zich niet meer kan terugtrekken; doet zij het, dan treedt hetzelfde gevolg in, alsof de eed was afgelegd [2]). Wij hebben hier dus te doen met eene voorwaardelijke overeenkomst; de voorwaarde is het afleggen van den eed; hierop wijzen ook de woorden van het edict: *condicione delata.*

Hoe is het met de geldigheid van dezen eed in ons hedendaagsche recht? M. i. moet men onderscheiden. Stellen partijen hare geheele rechtsverhouding afhankelijk van de aflegging van den eed door een van beide, dan bestaat er volgens mijne meening geen enkele reden om aan de geldigheid dezer overeenkomst te twijfelen. Zij staat op geheel

---

[1]) Demelius, bl. 27 [4]); Gradenwitz, in *Zeitschr. der Savignyst.*, roman. Abth., VIII, bl. 270.

[2]) Windscheid, *Pandekten*, II, § 418; Fadda, in *Bulletino dell' istituto di dir. Romano*, 1888, bl. 34.

gelijke lijn met de dading, en al heeft de wet ze niet genoemd, al zou men in art. 159 B. R. naast de exceptie van dading ook de exceptie uit deze overeenkomst verwachten en al kan men dus wel aannemen, dat de wetgever aan dit contract niet heeft gedacht, dat zijn geen redenen om de geldigheid er van in twijfel te trekken. Hiertoe zal men moeten aantoonen, dat het een der vereischten mist, door de wet gesteld voor de geldigheid der overeenkomsten, en dit kan men m. i. niet. Er zou twijfel kunnen rijzen omtrent de geoorloofdheid van het onderwerp; in de eerste plaats is er echter geen reden om een betwist recht wel als geoorloofd onderwerp te beschouwen voor eene dading en niet voor deze overeenkomst; maar in de tweede plaats blijkt uit de bepalingen over den beslissenden eed, dat wij ook in de oogen van onzen wetgever hier met een geoorloofd onderwerp te doen hebben. Uit die bepalingen blijkt nl., dat onze wetgever zich de mogelijkheid heeft voorgesteld, dat partijen met onderling goedvinden de beslissing der zaak van den eed van een van beiden laten afhangen; daarom sluit hij uit de zaken, waarover geene dading geoorloofd is; wat echter de wet in het proces als geoorloofd onderwerp eener overeenkomst beschouwt, zal het buiten proces ook moeten zijn. Men zou hiertegen kunnen aanvoeren, dat de wet deze overeenkomst in het proces niet kon beletten, wanneer zij den eed als bewijsmiddel wilde erkennen, dat zij ze echter buiten proces daarom wel kan verbieden. Doet ze dit echter, dan kan men door een schijnproces dit verbod gemakkelijk ontduiken. Nu onze wetgever ze niet heeft verboden, kan men ze m. i. ook niet als ongeoorloofd beschouwen. Alleen moeten wij ook hier die rechtsverhoudingen uitsluiten, waarover de wet geene dading toelaat; rechten, wier ontstaan en tenietgaan de wetgever onttrekt aan de wilsbeschikking van bijzondere personen, kunnen door dezen ook niet tot het onderwerp eener dergelijke overeenkomst worden gemaakt; ook zonder dat de wet het

uitdrukkelijk verbiedt, volgt uit den aard dezer rechten, dat het oordeel over hun bestaan niet aan den rechter mag worden onttrokken, terwijl de wet dit zelfs uitdrukkelijk aan den gewonen rechter heeft voorbehouden, art. 628 B. R. Hebben de partijen echter buiten geding de beslissing over enkele feiten afhankelijk gesteld van den eed van een van beiden en komt het tot een proces, dan zullen de beëedigde feiten evenzeer het voorwerp van 's rechters onderzoek uitmaken als de niet beëedigde; de rechter is gebonden aan de bewijsmiddelen, die de wet noemt, en de afgelegde eed kan voor hem een vermoeden zijn omtrent de waarheid van het feit, maar dit is geheel aan zijn oordeel overgelaten. Diephuis [1]), die de geldigheid van den buitengerechtelijken eed verwerpt, heeft waarschijnlijk alleen het laatste geval op het oog. Von Savigny [2]), op wien hij zich beroept, verwerpt ook de kracht van den eed in het eerste geval; hij vindt daarvoor echter steun in uitdrukkelijke wetsbepalingen, n.l. Allgem. Landrecht II 20 §§ 1425, 1426 en 1429, waar verschillende buitengerechtelijke eeden met straf worden bedreigd, zooals uitdrukkelijk gezegd wordt, om misbruik van den eed tegen te gaan. Eene dergelijke bedoeling van den wetgever moet m. i. uitdrukkelijk blijken. Laurent [3]) verklaart zich dan ook voor de geldigheid er van, terwijl Endemann [4]) het wenschelijk acht de overeenkomst als geldig te erkennen [5]).

Meer belang echter dan dit *jusj. voluntarium*, dat, moge

---

[1]) *Ned. Burg. R.*, III, bl. 137.
[2]) *System*, VII, bl. 71.
[3]) *Principes du droit civil*, XX, bl. 263.
[4]) *Archiv f. civ. Praxis*, XXIII, bl. 349.
[5]) In het oud-Vaderl. recht gold de overeenkomst niet volgens Voet, *ad Pandectas*, *ad tit. de jurej.* n. 31, en Groenewegen, *de legibus abrogatis*, *ad tit.*, *l.* 28 § *ult.*; bij den laatsten vinden wij voor een dergelijk verbod, n.l. van de *clausula juramenti* in contracten, als reden opgegeven: *quia faciles sunt multi homines ad jurandum contemptu religionis.* Anders dacht er over Huber, *Hedendaagsche Regtsgeleerdheid*, 1726, bl. 454.

het ook eene geldige overeenkomst vormen, toch heden ten dage minder gebruikelijk is, boezemt ons in het *jusj. necessarium* van het Romeinsche recht, onze beslissende eed. Vond deze in den tijd van Ulpianus en Paulus die uitgebreide toepassing, die von Savigny e. a. er aan toekennen, n.l. dat men hem in alle processen van weerskanten kon opdragen om er de beslissing der zaak van te laten afhangen? Demelius heeft aangetoond, dat deze meening berust op eene verwarring van de fragmenten, die over 't *jusj. voluntarium*, en die, welke over dezen eed handelen. Zooals wij reeds zagen, kunnen wij alleen de fragmenten uit Ulpianus' 26e en uit Paulus' 28e boek *ad edictum* van dezen eed verstaan, en dan vervalt reeds terstond het argument, dat geput wordt uit *fr.* 3 § 1: *quacumque autem actione quis conveniatur, si juraverit, proficiet ei jusjurandum, sive in personam, sive in rem, sive in factum* enz.; Ulpianus zegt dit van het *jusj. vol.*, voor het *necessarium* heeft het geene kracht. Nu zegt wel *fr.* 34 uit Ulpianus' 26e boek oogenschijnlijk hetzelfde, n.l. *jusjurandum et ad pecunias et ad omnes res locum habet; etiam de operis jusjurandum deferri potest*, maar *omnes res* beteekent hier geheel iets anders dan *quacumque actione* in *fr.* 3; als tegenstelling van *pecunias* wijst het op den inhoud, niet op de soort der actie; dit blijkt ook vooral hieruit, dat nog uitdrukkelijk van *operae* gesproken wordt; wanneer *omnes res* alle acties beteekende, dan zou er volstrekt geen reden zijn, de *actio operarum* nog uitdrukkelijk te noemen. Welke actie heeft Ulpianus hier dan op het oog? De inhoud van het edict over dezen eed wordt met de volgende woorden aangegeven: *ait praetor, eum, a quo jusjurandum petetur, solvere aut jurare cogam*, *fr.* 34 § 6. Het woord *solvere* wijst reeds op een vorderingsrecht; hierop, niet op een zakelijk recht moet dus het edict betrekking hebben gehad. Verder moet, wanneer de praetor den verweerder voor deze keus stelde, sprake zijn geweest van eene voor onmiddellijke executie vatbare vordering; wij kunnen hiermede vergelijken *fr.* 56

de conf. 42.2: *post rem judicatam vel jurejurando decisam — nihil quaeritur;* hier vinden wij eed en vonnis op gelijke lijn gesteld en wij zullen zeker met Lenel [1]) moeten aannemen, dat de gewone executiemiddelen ook bij den eed golden.

Had men te doen met eene bepaalde geldschuld, dan kon de executie terstond plaats vinden, anders was er nog eene *litis aestimatio* noodzakelijk, *fr.* 6 § 2 *de conf.* [2]). Dit volgt dus uit den inhoud van het edict en hiermede stemt overeen, hetgeen wij kunnen opmaken uit zijne plaats. Ulpianus behandelt het n.l. in zijn 26e boek, Paulus in het 28e; en uit den titel *de rebus creditis si certum petetur et de condictione* blijkt nu, dat genoemde boeken handelden over het edict *si certum petetur.* Wat was de inhoud der in dat edict bedoelde actie, alleen geld of ook andere bepaalde zaken? Met Lenel [3]) meen ik te moeten aannemen, ook andere zaken. In de eerste plaats wijs ik er op, dat de uitdrukking zelve tot geenerlei beperkende beteekenis aanleiding geeft. Nu lezen wij wel in *fr.* 1 *pr. de condict. triticaria* 13.3: *qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur „si certum petetur"; qui autem alias res, per triticariam condictionem petet*; maar om verschillende redenen moeten wij hier aan eene interpolatie denken. Paulus toch geeft in *fr.* 6 *de R. C.* deze definitie van *certum: certum est, cujus species vel quantitas, quae in obligatione versatur, aut nomine suo aut ea demonstratione quae nominis vice fungitur qualis quantaque sit ostenditur*; hieronder vallen ook andere zaken dan geld. Daarenboven weten wij, dat de actie om eene bepaalde som gelds te vragen den naam heeft gedragen van *actio certae creditae pecuniae* [4]); de naam *condictio certi*, waarop de compilatoren

---

[1]) *Ed. perp.*, bl. 189. *Cessio bonorum* was uitgesloten: fr. 8 *de cess. bon.* 42. 3.

[2]) Dit was geene nieuwe actie, maar eene summiere procedure tot vaststelling der waarde, Schultze, *Privatrecht und Prozess*, bl. 514.

[3]) T. a. p., bl. 184.

[4]) Lenel, bl. 186 [1]) wijst op de *lex Rubria* en op eene constitutie

in *fr.* 1 cit. waarschijnlijk het oog hadden, komt slechts op enkele plaatsen voor en kan daar gewoonlijk nog even goed van andere zaken verstaan worden als van geld [1]). Ulpianus heeft dus waarschijnlijk in *fr.* 1 cit. tegenover de *condictio triticaria* de *actio certae creditae pecuniae* gesteld; hij behandelt in het 26e en 27e boek de *condictiones* en bespreekt in 't eerste, behalve genoemde *actio certae cr. pec.*, de *condictio causa data c. n. s.* [2]), *cond. ob turpem vel injustam causam*, *cond. indebiti*, in 't tweede de *cond. furtiva*,

---

van Alexander Severus, *c.* 5 *de non num. pec.* 4.30, waar die naam voorkomt, een tijdperk dus, dat den geheelen classieken tijd omvat.

[1]) *Fr.* 9 *de R. C.* 12.1, *fr.* 12 *de nov.* 46.2; *certum* of *certi condicere* in *fr.* 28 § 4 *de jurej.*, *fr.* 17 § 2 *de act. rer. amot.* 25.2, welke laatste plaats juist over andere zaken dan geld handelt.

[2]) Ik noem deze *condictio* en de volgende met de namen, die aan het hoofd der verschillende titels staan, ofschoon ik het met Baron, *Condictionen*, bl. 52, eens ben, dat deze verdeeling der *condictiones* naar de *causa* niet van de classieke juristen afkomstig is, maar van de compilatoren; in de *condictio* werd de *causa* niet genoemd. Coninck Liefsting, *Algemeene beginselen van de leer der regtsgeldigheid van verbindtenissen uit overeenkomst*, bl. 98, meent, dat deze onderscheiding reeds door den praetor in 't edict was gemaakt; zijn voornaamste grond daarvoor is het weinig systematische der onderscheiding, dat alleen historisch kan worden verklaard. In de eerste plaats maakt echter de geleerde schrijver zich aan eenige overdrijving schuldig door als eene grove fout te beschouwen, dat naast de *condictio indebiti* de *cond. ob turpem vel injustam c.* wordt vermeld; de eerste toch heeft als vereischte de dwaling, de laatste niet; Mr. C. L. begaat hier eene zelfde vergissing als wij vinden in *Fragm. Vatic.* § 266, waar *cond. indebiti* wordt genoemd de terugvordering van hetgeen meer geschonken was dan de *lex Cincia* toeliet, dit was eene *cond. ex injusta c.* Maar in de tweede plaats, had eene dergelijke indeeling in het edict bestaan, dan zouden Ulpianus en Paulus, die in *fr.* 1 *de cond. sine causa* 12.7 en *fr.* 65 *de cond. indebiti* 12.6 over de verschillende *causae* spreken, zeker die van het edict hebben gegeven; hunne beschouwingen zijn, als men wil, nog minder systematisch, maar dit komt alleen daarvandaan, dat het in de *formula* op de *causa* volstrekt niet aankwam; eerst voor den judex zette men deze uiteen en daar kwam het op de bewoordingen zoozeer niet aan. De grief, die C. L. tegen de indeeling heeft, treft de compilatoren.

cond. triticaria, *actio de eo quod certo loco*, *pecunia constituta*, benevens de *actio commodati* en *pignoratitia*, die in 't edict onder de rubriek *de rebus creditis* behandeld waren. Het *certum petetur* omvat dus zoowel de *condictio certi* van Justinianus' tijd als de *condictio triticaria*. Onder die edictsrubriek stond ook het „*solvere aut jurare cogam*", en zeer waarschijnlijk is de hypothese van Gradenwitz [1]), dat wij niet moeten lezen „*eum a quo jusjurandum petetur*" enz., maar „*eum*, *a quo certum petetur*"; zooals wij later zullen zien, bestond er voor de compilatoren reden om *certum* in *jusjurandum* te veranderen. Deze beperking van den eedsdwang blijkt ook nog uit *fr.* 28 § 2 *de jud.* 5.1: *ex quibus autem causis non cogitur legatus judicium accipere*, *nec jurare cogendus est se dare non oportere*; had hij eene ruimere toepassing gevonden, waartoe dan hier die beperking?

Ulpianus, die in zijn 26e boek voornamelijk over geldschulden handelde, zegt daar nu van den eed: *jusjurandum et ad pecunias et ad omnes res locum habet*; *etiam de operis jusjurandum deferri potest*, *fr.* 34 *pr.* Wat bedoelt hij met *operis*? Men zou kunnen denken, dat hiermede de inhoud eener *obligatio faciendi* werd aangegeven; *operae* heeft echter in de bronnen steeds eene beperkte beteekenis, n.l. van *operae libertorum* [2]). Door deze beteekenis wordt ook de tegenstelling met *pecuniae* en *omnes res* bij de behandeling der *condictio* verklaard. De *operae libertorum* konden toch evenzeer als geld en andere zaken het onderwerp der *condictio* vormen; zoo zegt *fr.* 4 *de operis libertorum* 38.1: *perinde enim operae a libertis ac pecunia credita petitur*; voortdurend wordt de verplichting van den vrijgelatene eene *obligatio dandi* genoemd, *fr.* 8, 10, 12, 15 *de op. lib.* [3]). Aldus is de inhoud van *fr.* 34 *pr.*, dat steeds er toe heeft

---

[1]) T. a. p., bl. 275.

[2]) Brissonius, *de verb. quae ad jus pertinent signif.*, vermeldt in zijne uitvoerige toelichting op het woord *operae* ook bijna alleen deze beteekenis.

[3]) Hierover uitvoerig Coninck Liefsting, bl. 78.

geleid om den decisoiren eed in 't Romeinsche recht voor alle acties aan te nemen, verklaard in overeenstemming met de plaats, die het in den edictscommentaar heeft ingenomen. Bovendien blijkt uit de woorden van het edict, dat de eed alleen kon opgelegd worden door den eischer, niet door den verweerder; deze kon den eed terugwijzen, hem niet uit eigen beweging opleggen; de in de bronnen behandelde gevallen bevestigen deze meening.

Wat den ouderdom van het edict betreft, Demelius [1]) en andere schrijvers stellen het reeds in zeer vroegen tijd; zij vermoeden, dat reeds de *leges Silia* en *Calpurnia* den eedsdwang invoerden; ook Lenel [2]) vermoedt dit, zooals wij moeten opmaken uit zijne aanhaling van plaatsen uit den dichter Plautus, waar sprake is van *in jure abjurare pecuniam.* De voor deze meening aangehaalde bewijzen zijn weinig overtuigend en mij komt het vreemd voor, dat noch Cicero in zijne *oratio pro Roscio Comoedo* noch de *lex Rubria*, die beide uitvoerig de *condictio* bespreken en waar alle aanleiding was geweest ook den eedsdwang te vermelden, dezen volstrekt niet noemen; ik zou daarom betwijfelen, of het edict wel vóór Cicero moet worden gesteld.

In welke gevallen oefende de praetor nu dien eedsdwang uit? 't Antwoord op deze vraag moet volgens het voorafgaande hetzelfde zijn als dat op eene andere vraag, n.l. voor welke acties gold het edict *si certum petetur?* Zooals wij reeds zagen, moet het kenmerk dier acties niet gezocht worden in den inhoud, deze kon zoowel andere zaken als geld en zelfs sommige werken betreffen. Het kenmerk heeft m. i. gelegen in het verbintenisscheppende feit. Wij moeten dit opmaken uit Cicero's uitlatingen in zijn pleidooi voor Roscius Comoedus. In *caput* IV toch heet het: *jam*

---

[1]) T. a. p., bl. 73.

[2]) T. a. p., bl. 189. De door Lenel aangehaalde plaatsen kunnen evengoed van een *jusj. voluntarium* als van een *necessarium* verstaan worden.

duae partes causae sunt confectae; adnumerasse sese negat, expensum tulisse non dicit, cum tabulas non recitat. Reliquum est, ut stipulatum se esse dicat; praeterea enim quemadmodum certam pecuniam petere possit, non reperio. Deze woorden van Cicero te beschouwen als eene door niets gemotiveerde bewering van den pleiter, gaat m. i. niet aan; men verdenkt aldus Cicero van te groote minachting voor de rechtskennis zijner rechters. Ook kan ik mij niet vereenigen met Baron, die in de beoordeeling van Cicero's woorden den nadruk wil gelegd zien op de *sponsio tertiae partis*, die in dit geval gesloten was. Op de aangehaalde plaats toch laat Cicero volgen, dat hij verder de zaak zal bespreken, niet met het oog op de *formula*, maar uit een billijkheidsoogpunt, zooals hij zegt, *perinde ac si in hanc formulam omnia judicia legitima, omnia arbitria honoraria, omnia officia domestica conclusa et comprehensa sint.* Hij legt hier den nadruk op de *formula*, deze kon alleen voor bepaalde gevallen dienen; had de *sponsio* tot deze beperking aanleiding gegeven, dan zou hij hierop hebben moeten wijzen. Dat Cicero nu nog zeer uitvoerig ook de verplichting uit de *societas* bestrijdt, bewijst niet, dat deze in de gebezigde *formula* begrepen was, maar vindt hierin zijn grond, dat hij vreesde, dat de rechter waarde zou hechten aan de andere bewijsmiddelen, die door den eischer waren te berde gebracht tot het aantoonen van een literaalcontract, n.l. zijn eigen *adversaria* en de *codices* van andere personen, dat dan in de plaats zou zijn getreden van de *societas* [1]).

---

[1]) Kappeyne van de Coppello, *Abhandlungen*, bl. 219 zegt: „Wie dem auch sei, Cicero's gut berechneter und fein ausgesponnener Verteidigungsplan, ja der ganze Prozess wird unerklärlich, wenn nicht damals schon, ebenso wie später bei Ulpian, die Zuständigkeit der actio pecuniae creditae aus einem contractus incertus, wie es die Societät war, feststand, sobald die Parteien gütlich abgerechnet hatten und das Saldo fixiert war." Ik kan mij hiermede dan vereenigen, wanneer die afrekening had plaats gevonden bij wijze van novatie door *stipulatio* of *nomina transscriptitia.*

Vergis ik mij niet in deze oorspronkelijk in Cicero's tijd nog beperkte toepasselijkheid der *actio certae creditae pecuniae* en van 't *edictum si certum petetur*, en nemen wij aan, dat in zijn tijd of kort na hem het *„solvere aut jurare cogam"* hierop is toegepast, dan hebben wij daarvoor tevens de rechtvaardiging gevonden. Dwang tot eedsaflegging is toch alleen te rechtvaardigen, waar de feiten aan hem, die den eed aflegt, volkomen bekend zijn, en dit was natuurlijk het geval, waar men te doen had met eene verbintenis uit *mutuum*, *stipulatio* of *nomina transscriptitia*; ieder kon weten of hij daaruit al of niet verbonden was; men had hier dus wel een eed over eene geheele rechtsverhouding, maar deze vloeide zoo direct uit de feiten voort, dat daaromtrent geen twijfel kon bestaan. Later is de toepasselijkheid van het edict uitgebreid, zooals wij weten uit *fr.* 9 *de R. C.* van Ulpianus: *certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione ex qua certum petitur, sive ex certo contractu petitur, sive ex incerto: licet enim nobis ex omni contractu certum condicere* [1]). Hier wordt de actie zoo ruim mogelijk toegelaten; ieder kon, door zijne vordering tot eene bepaalde som te brengen, eene *condictio* verkrijgen. Heeft nu de eedsdwang dezelfde uitbreiding ondergaan, kon dus de verweerder ook in die gevallen genoodzaakt worden, zijne verplichting onder eede te ontkennen of te voldoen [2])? M. i. is dit niet aan te nemen en wel op de volgende gronden. In het genoemde *fr.* 9 vinden wij verder nog gezegd: *competit haec actio etiam ex legati causa*

---

[1]) Dat eene *condictio indebiti*, *ob injustam causam* enz. reeds tot vroegeren tijd behooren, moet men Bekker, *Aktionen*, I bl. 103, toegeven, daar men zich moeilijk een rechtstoestand kan denken, waar deze niet bestonden. Waar bij deze een *certum* werd geëischt was dus de eedsdwang waarschijnlijk ook toepasselijk.

[2]) Demelius laat zich over deze vraag niet uit; de oorspronkelijke beperking van 't *certum petetur* tot de drie genoemde *causae* neemt hij aan, echter zonder eenig bewijs, hetgeen bij het bestaan van zoo afwijkende meeningen natuurlijk verlangd wordt.

et ex lege Aquilia. Sed et ex causa furtiva per hanc actionem condicitur. Nu zegt Ulpianus in *fr.* 34 *de jurej.* tot rechtvaardiging van den eedsdwang: *nec de injuria queri adversarius potest, cum possit jusjurandum referre*; de verweerder kon n.l. den eed terugwijzen [1]). Dat zou dus, wanneer de eedsdwang de uitbreiding van 't edict *si certum petetur* had meegemaakt, ook de dief hebben kunnen doen, ook degeen, die van *damnum ex lege Aquilia* beticht werd. Hoe onbillijk dit zou zijn geweest, ligt voor de hand, en wij weten dan ook dat in een bijzonder geval, waar ook de verweerder kon genoodzaakt worden zijne verdediging te beëedigen, n.l. bij de *actio rerum amotarum*, de *facultas referendi* niet bestond, *fr.* 11 en 12 *de act. r. am.* 25.2. Nu zou het kunnen zijn, dat evenzoo bij de latere gevallen van het *certum petetur* alleen die bevoegdheid was uitgesloten, maar de eedsopdracht toegelaten; hierop zou echter zeker gewezen zijn, evenals bij de *actio rer. amot.*, en daar wij hieromtrent niets vinden, moeten wij m. i. aannemen, dat de eedsdwang daar in 't geheel niet bestond. Zelfs zou de mogelijkheid van terugwijzing nog beter te vereenigen zijn met de Romeinsche opvatting dan die van eedsopdracht; want welke eischen van nauwkeurigheid de Romeinen aan den eischer stelden, blijkt uit de gevolgen der *plus petitio*, maar dat zij bij den op den verweerder uitgeoefenden dwang tot eedsaflegging zeer voorzichtig waren, blijkt uit *fr.* 34, waar, bij twijfel of een beloofde slaaf ook reeds overleden was, wordt gezegd: *putat Marcellus, et recte, aut remittendum ei jusjurandum aut spatium dandum ut certioretur* [2]).

Een sterk argument voor de beperkte toepassing van den decisoiren eed tijdens de classieke juristen ligt nog in

---

[1]) Rechtvaardiging hiervan geeft *fr.* 41 *de R. J.*: *non debet actori licere, quod reo non permittitur.*

[2]) Deze beperking van den eed, die wij ook om redenen buiten de beteekenis van het *certum petetur* gelegen moeten aannemen, is van haar kant weer een argument voor de oorspronkelijke beteekenis dier uitdrukking.

de omstandigheid, dat voor eenige bijzondere gevallen de eedsdwang opzettelijk wordt toepasselijk verklaard. In de eerste plaats bij de *actio rerum amotarum* tusschen echtgenooten, *fr.* 11 § 1 *de act. r. amot.* zegt het; hier echter geene *facultas referendi*, § 3; de praetor had over dezen eed afzonderlijk geëdiceerd en Labeo had reeds geoordeeld, dat er alle reden bestond om het terugwijzen niet toe te staan; tijdens hem bestond deze eed dus reeds, of nemen wij aan, dat hij terstond met de actie is ingevoerd, dan reeds iets vroeger volgens *fr.* 3 § 3, waar Ofilius' meening wordt medegedeeld. Paulus besprak deze actie in zijn 37e boek en uit dit boek is nu ook het bekende *fr.* 38 *de jurej.: manifestae turpitudinis* enz.; deze uitspraak slaat dus op den eed in dit bijzondere geval, en dan moeten wij Paulus het eerste gedeelte zeker toegeven, want wanneer de verweerder hier zijne onschuld niet wilde beëedigen, was dit een zeker bewijs van schuld. Maar als het fragment ook spreekt van *jusjurandum referre*, dan kan dit moeielijk van Paulus zijn, daar in dit geval geen *referre* geoorloofd was; de compilatoren hebben die woorden er waarschijnlijk bijgevoegd om den eedsdwang, zooals die in hun tijd bestond, met de woorden van een classiek jurist te rechtvaardigen, zooals zij ook, door die woorden in den titel *de jurejurando* te plaatsen, er eene algemeene strekking aan gaven, die Paulus volstrekt niet bedoeld had. De moeilijkheid van bewijs, het onaangename der bewijsvoering, daar deze gewoonlijk gepaard ging met openbaring van familieaangelegenheden, heeft den praetor waarschijnlijk bewogen den eedsdwang hier toe te staan. Eigenaardig was, dat hier de eed liep over den feitelijken grondslag, niet over de rechtsverhouding zelve; die feiten waren echter beslissend voor 's rechters oordeel.

Eene dergelijke reden moet den praetor er toe gebracht hebben, den eedsdwang in te voeren bij de *actiones noxales*, *fr.* 21 § 2 *de nox. act.* 9.4, volgens § 6 vóór Massurius Sabinus. Het edict luidde: *si is, in cujus potestate esse*

dicetur, negavit se in sua potestate servum habere, utrum actor volet, vel dejerare jubebo, in potestate sua non esse neque se dolo malo fecisse quominus esset, vel judicium dabo sine noxae deditione. Onder *potestas* werd hier verstaan: *ut facultatem et potestatem exhibendi ejus habeat*, § 3. De mogelijkheid om den eed terug te wijzen wordt niet besproken; zij bestond natuurlijk ook niet. De eed liep hier over eene omstandigheid, die van beslissenden invloed was op het geding. Een derde bijzonder geval vinden wij vermeld in *fr.* 5 § 8 *de injuriis* 47.10. Met het oog op de *lex Cornelia de injuriis* zegt Ulpianus aldaar: *hac lege permittitur actori jusjurandum deferre ut reus juret injuriam se non fecisse; sed Sabinus in Assessorio etiam praetores exemplum legis secuturos ait, et ita res se habet.* Hier vinden wij dus den eedsdwang ingevoerd door de wet, terwijl de praetor hem voor zijne *actio injuriarum* overnam; de eed liep over het beslissende feit en terugwijzing was hier uit den aard der zaak niet geoorloofd.

Ten slotte kan men den eed eischen bij de *actio de pecunia constituta.* Dit blijkt uitdrukkelijk uit *fr.* 14 *de jurej.*: *quoties propter rem juratur nec parenti nec patrono remittitur jusjurandum; propter rem autem jusjurandum exigitur veluti de pecunia credita, quum jurat actor sibi dari oportere vel reus se dare non oportere. Idem est quum de pecunia constituta jusjurandum exigitur.* Waar vrijstelling van den eed wordt ontzegd, moet natuurlijk aan dwang gedacht worden. Eigenaardig wordt dit bevestigd door de opmerking van een jurist uit Justinianus' tijd, Stephanus, bewaard gebleven als scholium op de *Basilica* XXII 5 *c.* 34 (Lat. vertal.): *nota vero, etiam necessarium jusjurandum hodie in omni re locum habere, neque, ut olim, in quibusdam, utputa in actione si certum petatur et actione pecuniae constitutae.* Uit *fr.* 14 moeten wij opmaken, dat de *facultas referendi* hier ook bestond [1]).

---

[1]) Ook *fr.* 25 § 1 *de pec. const.* 13.5 wordt als bewijs voor dezen

De vermelding van deze bijzondere gevallen bevestigt dus de meening, dat in den tijd der classieke juristen de beslissende eed niet in alle gevallen geëischt kon worden. In hoeverre is dit in later tijd veranderd? Om het Justiniaansche recht uit de Pandekten te leeren kennen, moet men in zooverre voorzichtig te werk gaan, dat men daarvoor niet aanziet, wat niet anders is dan 't recht uit den tijd der geëxcerpeerde juristen zelf. Aan den eenen kant hebben de compilatoren het zeker niet geheel nutteloos geacht hier

---

eed aangehaald: *si jurejurando delato deberi tibi juraveris, cum habeas eo nomine actionem, recte de constituta agis: sed et si non ultro detulero jusjurandum, sed referendi necessitate compulsus id fecero, quia nemo dubitat, modestius facere, qui referat, quam ut ipse juret, nulla distinctio adhibetur, tametsi ob tuam facilitatem ac meam verecundiam subsecuta sit referendi necessitas*; uit de woorden: *cum habeas eo nomine actionem* blijkt echter, dat Papinianus het *jusj. volunt.* bedoelt. Demelius, bl. 65, wil deze plaats aldus uitleggen, dat men een *constitutum* kon aangaan over eene rechtsverhouding, die 't onderwerp had uitgemaakt van een *jusj. volunt.* Neemt men dit aan, dan verliezen de woorden na *agis* alle beteekenis, want wat zouden de omstandigheden der eedsaflegging aan de mogelijkheid van een *constitutum* afdoen? Die woorden krijgen echter beteekenis, wanneer men *fr.* 25 zoo verklaart, dat Papinianus in de eedsaflegging zelve een *constitutum* ziet; men zou er n.l. aan kunnen twijfelen, of in 't geval van *referre* wel de *animus constituendi* bestond. Gradenwitz, bl. 276, leidt uit dit fragment af, dat bij, die de zaak buiten rechte afhankelijk wilde stellen van den eed van den schuldenaar, wanneer deze den eed terugwees, hem zelf moest afleggen. Dit is niet uit *fr.* 25 te lezen; m.i. wordt bedoeld, dat wanneer men de zaak van een eed wilde afhankelijk stellen, de schuldenaar, wiens eed vooral door den praetor in zijn edict was bedoeld, het best handelde door het over te laten aan den eed van den eischer; dien eisch van een nauwgezet geweten noemt Papinianus eene *necessitas*, zonder dat hieruit ook maar eenigszins volgt, dat de schuldeischer dien eed nu moest afleggen, maar evenmin, dat het afleggen of terugwijzen voor den schuldenaar eene *necessitas juris* was, in welk geval wij met een beslissenden eed zouden te doen hebben. Men kan deze uitspraak van Papinianus vergelijken met hetgeen hij zegt in *fr.* 15 *de condit. instit.* 28.7: *nam quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est.*

en daar eene historische herinnering op te nemen, aan den anderen kant is niet steeds voldoende zorg besteed aan de wijzigingen, die noodig waren om het classieke recht in Justiniaansch recht te vervormen. Anders staat het met den Codex; mogen de *constitutiones* van vroegere Keizers ook al tot moeilijkheden aanleiding geven, die van Justinianus geven ons natuurlijk zuiver het recht van zijn tijd. Zij moeten ons dan ook tot maatstaf dienen en ons den weg wijzen tot goed verstand der andere bronnen; deze laatste zal men steeds met wantrouwen moeten bejegenen, wanneer zij van het gevondene resultaat afwijken.

Wat het vóór-Justiniaansche recht betreft, trekt echter nog onze aandacht eene plaats in de *lex Romana Visigothorum* uit Paulus' *sententiae* II 1 §§ 1—4: *in pecuniariis causis si alter ex litigatoribus jusjurandum deferat, audiendus est: hoc enim et compendio litium et aequitatis ratione provisum est. Deferre jusjurandum prior actor potest: contrarium autem de calumnia jusjurandum reo competit. Si, reus cum jurare velit, actor illi necessitatem jurisjurandi remisit et hoc liquido appareat, actio in eum non datur. Heredi ejus cum quo contractum est jusjurandum deferri non potest, quoniam contractum ignorare potest.* Deze plaats is uit den titel *de rebus creditis et jurejurando* en heeft dus zeker den eed van het *si certum petetur* op het oog. Ons treft dan echter het begin: *in pecuniariis causis*; deze uitdrukking omvat alle privaatrechtelijke zaken [1]); wij moeten hier dus eene interpolatie der West-Gothen aannemen. Wat het vervolg betreft, hiermede zouden wij ons voor Paulus' tijd zeer goed kunnen vereenigen, wanneer wij n.l. *competit* kunnen aan-

[1]) Leonhard, *Die Eideszuschiebung in Familienprocessen n. d. Entwurfe eines bürg. Gesetzb. f. d. D. R.*, 1890, bl. 162, beperkt ze tot vermogenszaken: ofschoon men hem voor deze plaats misschien gelijk moet geven, komt ze echter in ruimeren zin voor in *c.* 3 *de requir.* 9.40, *c.* 1 en 15 *de quaest.* 9.41, waar ze staat tegenover *causa criminalis*, ook waarschijnlijk bij Paulus, *Sent.* V 13 § 1 en 15 § 6.

vullen met *deferre*, hetgeen m. i. wel geoorloofd is; de eischer moet dan 't *jusj. calumniae* zweren, de verweerder 't *jusj. necessarium.* De West-Gothen zelf hebben dit echter geheel anders begrepen; de *interpretatio* [1]) toch op deze plaats luidt: *licet prior petitur offerat sacramentum, tamen cum nulla probatio debiti est, is qui calumniam se pati dicit, potest fidem suam jurisjurandi religione firmare.* Zij zagen er dus in een eed, door den eischer aangeboden tot bewijs van zijn recht, en een zoogenaamden zuiveringseed van den verweerder. 't Werd dus opgevat als een bewijseed van beide kanten, die door een vonnis moest worden gevolgd.

Twee constituties van Justinianus over ons onderwerp treffen wij in den Codex aan, n.l. *c.* 11 *de R. C. et de jurej.* 4.1, van 529, en *c.* 12 *eod.*, van 531. De eerste bepaalt, dat men een opgedragen eed kan herroepen tot het eindvonnis, daarna niet meer; hier wordt dus ondersteld, dat op den eed een vonnis volgt. Zoo ook in *c.* 12; zij ziet op het geval, dat aan iemand in het eindvonnis in eerste instantie een eed wordt opgelegd, hij van dat vonnis in appel komt en tijdens dien termijn sterft, waardoor de eedsaflegging onmogelijk wordt; *c.* 12 bepaalt, dat de eed terstond zal worden afgelegd voor den rechter, bij wien hij door de tegenpartij is opgelegd en nu lezen wij: *omne igitur juramentum, sive a judicibus sive a partibus illatum vel in principio litis vel in medio vel in ipsa definitiva sententia, sub ipso judice detur, non exspectata vel ultima definitione vel provocationis formidine*; op den eed volgde dus een vonnis; bovendien lezen wij in § 2: *sin autem is, cui sacramentum est illatum vel a parte vel a judice, hoc subire minime voluerit, licentiam quidem habeat sacramentum recusare,*

---

[1]) Over den tijd en de beteekenis dezer *interpretatio* zie Karlowa, *Röm. Rechtsgeschichte*, I, bl. 977; terstond bij de *lex Romana* gevoegd, diende zij om den tekst te verduidelijken, maar ook om, waar deze met het bestaande recht in strijd was, hem hiermede in overeenstemming te brengen.

judex autem, si hoc omnimodo praestandum existimaverit, sic causam dirimat quasi volente eo sacramentum sit recusatum et ita cetera sive capitula sive totius negotii summa examinentur et lis suo marte percurrat, nullo ei obstaculo obviante; hieruit blijkt, dat door den eed de zaak nog niet beslist was en er nog onderzoek naar andere feiten kon noodig zijn; 't is hier een eed over de eene of andere voor het proces belangrijke daadzaak.

Vergelijken wij dit resultaat nu met *fr.* 34 § 6 *de jurej.*, dan kunnen wij vrij zeker uitmaken, wat van Ulpianus, wat van de compilatoren is. Terwijl toch in §§ 6 en 7 eenvoudig 't edict van den praetor en de *facultas referendi* wordt vermeld, vervolgen §§ 8 en 9: *non semper autem consonans est per omnia referri jusjurandum, quale defertur, forsitan ex diversitate rerum vel personarum quibusdam emergentibus, quae varietatem inducunt; ideoque si quid tale inciderit, officio judicis conceptio hujuscemodi jurisjurandi terminetur. Cum res in jusjurandum demissa sit, judex jurantem absolvit, referentem audiet et si actor juret condemnet reum; nolentem jurare reum, si solvat, absolvit, non solventem condemnat, ex relatione non jurante actore absolvit reum.* Hier gaat op eens de geheele taak van den praetor op den judex over; niet meer een *solvere aut jurare cogam* van den praetor, maar eene veroordeeling of vrijspraak door den rechter. Met het Justiniaansche recht, zooals wij het uit den Codex leerden kennen, komt dit volmaakt overeen, maar met het classieke recht is het niet te rijmen. Aan eene uitgebreide interpolatie valt hier niet te twijfelen. Toch wordt deze ontkend door Fierich[1]); hij meent, dat, ook in 't classieke recht, wanneer er moeilijkheden over de constructie van den eed rezen, de zaak met eene gewone *formula* naar den rechter ging en deze dan de zaak maar moest uitmaken. Dit kan echter niet juist zijn, omdat de eed dan zijn dwingend karakter geheel

[1]) T. a. p., bl. 108.

zou hebben verloren, daar de rechter op den eed kon, niet behoefde te letten. De stijl wijst dan ook zeer op interpolatie. Wij moeten deze dan ook aannemen in het bekende *fr.* 25 § 3 *de prob.* 22.3: *in omnibus autem visionibus, quas praeposuimus, licentia concedenda est ei, cui onus probationis incumbit, adversario suo de rei veritate jusjurandum inferre, prius ipso pro calumnia jurante, ut judex juramenti fidem secutus ita suam sententiam possit formare, jure referendae religionis ei servando.* Behalve de elders aangevoerde argumenten voor interpolatie wijs ik nog op den gebezigden pluralis, terwijl Paulus in hetzelfde werk elders steeds in 't enkelvoud zich uitdrukt, *fr.* 11 *pr. de us.* 22.1, *fr.* 6, 7 *de naut. foen.* 22.2.

Wij hebben in 't Justiniaansche recht dus een decisoiren eed over feiten, volgens *fr.* 34 § 8 *cit.* over feiten, die een beslissend karakter dragen voor het proces; volgens *c.* 12 § 2 *cit.* en waarschijnlijk ook volgens *fr.* 25 § 3 *cit.* kan het evenzeer over feiten zijn, na wier beslissing nog een onderzoek naar andere feiten noodzakelijk is tot beëindiging der zaak; een zoo ruim mogelijk gebruik van den eed was dus toegelaten. Is deze eed over feiten nu de eenige in Justinianus' tijd? Ik kan dit Demelius niet toegeven. Dat de compilatoren *fr.* 34 § 6: *ait praetor* enz. hebben opgenomen, zou eene historische herinnering kunnen zijn, eveneens *fr.* 56 *de re jud.* 42.1, waar de eed met een vonnis wordt gelijk gesteld; maar aldus mag men niet verklaren de opname van *c.* 8 en 9 *de R. C. et jurej.*, waarvan de eerste luidt: *actori delato vel relato jurejurando, si juraverit vel ei remissum sit sacramentum, ad similitudinem judicati in factum actio competit*; dat de compilatoren deze constitutie hebben opgenomen, kan alleen daardoor verklaard worden, dat ook in hun tijd nog een eed bestond, die een vonnis overbodig maakte, dus een rechtseed. De bezwaren, die hiertegen konden bestaan, werden weggenomen door *c.* 12 *cit.*, die toestond den eed te weigeren en den rechter het oordeel hierover liet; dit gold ook voor

een eed over feiten, en, wanneer men eene dergelijke weigering billijk vond, blijkt b. v. in *fr.* 34 *pr. de jurej.*, *fr.* 42 *de R. J.*, Pauli *Sent.* V 1 § 4, nl., waar men te doen had met feiten, die men niet wist, b. v. wanneer ze door een ander waren verricht; de rechter kon echter ook in andere gevallen de weigering billijk achten.

Hing de toelaatbaarheid van den eed ook af van den aard van het betwiste recht? Was hij b.v. toegelaten bij familieprocessen? Het edict *solvere aut jurare cogam* paste natuurlijk niet op de zoogenaamde *praejudicia*, echter wel op vermogensacties, die op grond van familierechten werden ingesteld. De meeste plaatsen, die over een eed in deze gevallen handelen, hebben een *jusj. voluntarium* op het oog, zoo *fr.* 3 § 2 *de jurej.* een eed: *de conditione personae*, *fr.* 30 § 4 *eod.*: *se libertum non esse*, *c.* 6 *de R. C.*: *generis et ingenuitatis quaestionem*; twijfelachtig is *c.* 4 *eod.*: *ad excludendam tutelae actionem*; over 't *jusj. necessarium* handelt echter zeker *fr.* 21 § 2 *de nox. act.*: *in potestate sua non esse*; er zou trouwens ook geen reden bestaan, de toelaatbaarheid van het *jusj. nec.* te betwijfelen, wanneer die van het *voluntarium* vaststaat. De Romeinen schijnen er dus geen bezwaar in gezien te hebben, in familierechtelijke processen den eed toe te laten; men moet dit waarschijnlijk hieraan toeschrijven, dat bij hen de wil der personen ook meer invloed op familierechten kon uitoefenen dan bij ons. Voor 't Justiniaansche recht moeten wij, daar al deze plaatsen zijn opgenomen, wel hetzelfde aannemen; hoe het was met die processen, waar alleen eene erkenning werd verlangd, blijkt niet. Leonhard [1]) voert voor de uitsluiting in familieprocessen nog de uitdrukking *pecuniariae causae* in Paulus' *Sent.* II 1 § 1 aan; zooals wij echter vroeger zagen, kan deze op zijn hoogst iets bewijzen voor 't West-Gothische recht. De bevoegdheid van den rechter om zich tegen den eed te verzetten, welke blijkt uit *c.* 12

---

[1]) T. a. p., bl. 162.

§ 1 *de R. C.: sed juramento illato, cum hoc a partibus factum fuerit et a judice approbatum* —, kon hier echter te pas komen.

Eene vraag omtrent den beslissenden eed, tot beantwoording waarvan ook steeds gebruik wordt gemaakt van het Romeinsche recht, is of hij eene overeenkomst moet genoemd worden of een bewijsmiddel. In de eerste plaats merk ik op, dat de vraag aldus niet zuiver gesteld is. Want wat zou verhinderen, dat de eed tegelijkertijd eene overeenkomst en een bewijsmiddel was? De beteekenis, die men aan het woord *bewijsmiddel* hecht, hangt gewoonlijk af van de bewijstheorie, die in een bepaald recht geldt. Waar eene materiëele bewijstheorie gehuldigd wordt, verstaat men er die middelen onder, waardoor de feiten aldus ter kennis van den rechter worden gebracht, dat hij van hun bestaan overtuigd wordt [1]). Eene ruimere beteekenis echter wordt er aan gehecht, ten minste in den regel, waar eene formeele bewijstheorie bestaat; het wordt daar elk middel, waardoor de feiten aldus ter kennis van den rechter worden gebracht, dat hij ze tot grondslag moet doen strekken van zijne uitspraak. Er vallen dan middelen onder, die zoowel kunnen dienen om een nieuwen rechtstoestand in 't leven te roepen als om een bestaanden te constateeren; daar zij echter in beide gevallen tot hetzelfde resultaat leiden in 't proces, is er geen bezwaar ze met den naam bewijsmiddel aan te duiden, vooral daar hunne voornaamste functie toch werkelijk bewijs is. Nu laat het zich natuurlijk zeer goed denken, dat de wetgever den rechter voorschrijft

---

[1]) Men kan niettemin Heusler, *Archiv f. civ. Praxis*, LXII, bl. 212, wel toegeven, dat etymologisch het woord aldus in te ruimen zin wordt genomen en men er ten onrechte onder brengt, wat hij noemt Erkenntniss, d. w. z. die middelen, waardoor de rechter onafhankelijk van de voordracht der partijen tot de kennis der feiten geraakt, n.l. rechterlijke waarneming, onderzoek door deskundigen en suppletoire eed. Heusler zal echter niet kunnen ontkennen, dat het taalgebruik die ruime beteekenis heeft gehuldigd.

om, wanneer partijen gedurende het proces over het bestaan van een of meer feiten door een eed wenschen te beslissen, aan deze overeenkomst de door partijen gewenschte gevolgen toe te kennen en dus op die feiten zijne uitspraak te baseeren; deze overeenkomst is dan tegelijkertijd een bewijsmiddel.

Dat de eed nu in het Romeinsche recht als een bewijsmiddel werd aangemerkt, blijkt voldoende. Toen de praetor het *solvere aut jurare cogam* uitsprak, was het zijne bedoeling volstrekt niet, partijen gelegenheid te geven hunne rechtsverhouding met onderling goedvinden te regelen; het was den praetor te doen om de waarheid te ontdekken. In het Justiniaansche recht maakte de rechter de woorden van den praetor tot de zijne en oefende denzelfden dwang uit, alleen met eenig verschil in de gevolgen. Eene overeenkomst was het noch in het praetorische noch in het latere recht; zooals wij vroeger zagen, geven de Romeinen er ook nergens dien naam aan. Overeenkomsten toch in den zin, dien men hier bedoelt, zijn die tweezijdige handelingen, met wier sanctie de wetgever beoogt personen in de gelegenheid te stellen eene bindende rechtsverhouding tusschen elkaar in 't leven te roepen; binnen zekere grenzen erkent hij dan ook die gevolgen, die in overeenstemming zijn met de oeconomische bedoeling van partijen. Waar echter de wet tot eene processueele handeling dwingt en aan het verrichten of niet verrichten bepaalde gevolgen vastknoopt, daar hebben wij geene overeenkomst in bovengenoemden zin, ook al heeft de uitoefening van den dwang alleen plaats op verlangen der tegenpartij. Ook waar men, zooals in het Justiniaansche en het tegenwoordige proces, een opdragen en aannemen of terugwijzen van den eed door partijen heeft, daar mag men niet van overeenkomst spreken. De wetgever, die dit deed, zou een gevaarlijk pad bewandelen; hij zou een woord, dat taalkundig eene ruime beteekenis heeft, in eene beperkte beteekenis gebruiken en aan het daardoor aangeduide rechtsfeit bepaalde gevolgen ver-

binden, die alleen door die enge beteekenis worden gerechtvaardigd; elders duidt hij feiten, die aan de ruimere beteekenis voldoen, met denzelfden naam aan, en doet daardoor het gevaar ontstaan, dat men meent dezelfde gevolgen ook aan deze feiten te moeten vastknoopen. Mag de wetgever dit niet doen, in de wetenschap is het evenmin geoorloofd en dreigen dezelfde gevaren.

Behalve den eed van 't praetorische edict treffen wij in het Romeinsche recht ook onzen aanvullenden eed aan. Slechts ééne plaats vinden wij er over in de Pandekten, nl. *fr.* 31 *de jurej.* Hier wordt gewezen op de gewoonte in de rechtspraak, dat de rechter „*in dubiis causis*" aan een der partijen den eed oplegt en bij aflegging haar in 't gelijk stelt. Gajus bedoelt met *dubiae causae* waarschijnlijk eenvoudig zaken, waaromtrent de rechter in twijfel verkeert; bepaalde vereischten waren er niet voor gesteld, daar het een product der jurisprudentie was; toch moet men wel aannemen, dat er eenig bewijs voorhanden moest zijn [1]). Wij vinden over dezen eed verder nog eene uiteenzetting bij Quinctilianus [2]). Hij onderricht hier partijen, hoe zij invloed kunnen oefenen op de beslissing van den rechter omtrent de eedsoplegging. Men kan er zich bv. toe aanbieden en wijzen op zijn bekend goed levensgedrag en geloofwaardigheid. Men kan zich verzetten tegen den door de tegenpartij opgedragen eed door te beweren, dat men liever bewijs wil leveren, dan dat men een eed aflegt en zich misschien blootstelt aan eene verdenking van meineed. Quinctilianus stelt hier dus de zaak zoo voor, dat de rechter naar eigen goeddunken den eed oplegt, maar hierbij wel gewicht kan toekennen aan de beweringen der partijen. De waarde van Quinctilianus' uiteenzetting wordt echter zeer betwist. Von Savigny noemde het reeds „ein

[1]) Over de beteekenis van *dubia causa* als zaak, waarin het bewijs aan beide kanten even sterk is: Bertolini, *Il giuramento nel diritto privato Romano*, 1886, bl. 173.

[2]) *Institutiones oratoriae*, V, 6.

allgemeines Raisonnement, kein geschichtliches Zeugniss", en Fierich ontzegt er alle waarde aan, op grond dat Quinctilianus hier eenvoudig Aristoteles naschrijft en ons dus Grieksch in plaats van Romeinsch recht geeft. Uit vergelijking met Aristoteles' Τέχνη ῥητορική blijkt, dat Quinctilianus ook in zijne beschouwingen over het bewijs daaruit heeft geput, maar hieruit volgt nog niet, dat hij Romeinsch en Grieksch recht verwart. Onbekendheid met de praktijk kan hem niet te laste gelegd worden; als pleitbezorger toch had hij zich een grooten naam verworven; eerst daarna wijdde hij zich aan het onderwijs en schreef zijne *institutiones oratoriae*. Bovendien beroept hij zich dikwijls uitdrukkelijk op Aristoteles, bv. terstond bij de verdeeling der bewijsmiddelen in *artificiales* en *non artificiales*, V, 1, hetgeen hij ook allicht bij ons onderwerp gedaan zou hebben, zoo hij dit eenvoudig had overgenomen. Uit verschillende plaatsen zien wij daarenboven, dat hij evenzeer heeft geput uit Cicero's redevoeringen [1]). De waarde van Quinctilianus' woorden wordt daarom vooral verworpen, omdat men meent in het formulierproces ook een eedsdwang voor den judex, uitgaande van een der partijen, te moeten aannemen. Men leidt dezen vooral af uit *fr.* 34 § 9 *de jurej.*; maar, zooals ik boven aantoonde, is hier geïnterpoleerd; Ulpianus heeft hier niet van den eed voor den judex, maar van dien voor den praetor gesproken. Bovendien voert men tegen Quinctilianus aan, dat van een aanbieden, zich verzetten tegen 't *jusj. judiciale*

---

[1]) Meier und Schömann, *Der attische Process*, bl. 686 [95]): „von einem durch die Behörde auferlegten Eide findet sich im attischen Processe keine Spur." Partijen dragen den eed op of bieden hem aan; zelfs een derde kan een eed aanbieden evenals aan dezen een eed kan worden opgedragen. Het afwijzen van een aangeboden eed had geene gevolgen, een opgedragen eed moest afgelegd of teruggewezen worden. 't Gebeurde in de ἀνάκρισις, eene voorbereidende terechtzitting. Het Grieksche bewijssysteem kwam overigens met het Romeinsche vrij wel overeen; de rechter was in de aanwending der bewijsmiddelen geheel vrij; partijen konden elkaar ook vragen stellen.

elders nergens sprake is; dit komt echter hier vandaan, dat dit tot het *judicium* behoorde en men hierover in 't algemeen weinig gezegd vindt, waarschijnlijk omdat de regeling hiervan geheel aan den rechter was overgelaten; ten overvloede wijs ik echter op *c.* 14 § 3 *de non num. pec.* 4.30, waar in eene constitutie van Justinianus van *offerre jusjurandum* sprake is. Tot bewijs voor de eedsopdracht *in judicio* wordt ook nog aangevoerd eene plaats uit Seneca's *Controversiae* VII; Seneca spreekt daar van een proces voor 't centumviraalgericht, waarin de eene partij aan de andere voorstelt *rem jurejurando transigi* en de eedsformule daarbij opgeeft; de andere partij neemt terstond aan, maar nu zegt de eerste: *non detuli condicionem*, *schema dixi*, en als hij merkt, dat op deze bedoeling in strijd met zijne woorden geen acht zal worden geslagen: *ista ratione schemata de rerum natura tolluntur*, waarop de ander antwoordt: *tollantur*, *poterimus sine illis vivere.* 't Slot was: *centumviri dixerunt dare ipsos secundum adversarium Albucii*, *si juraret*; *ille juravit.* Men kan dit verhaal van Seneca nu aldus opvatten, dat de *centumviri* eenvoudig de overeenkomst van partijen, die buiten proces kracht zou gehad hebben, ook in 't proces erkenden en met inachtneming er van recht deden, of men kan met Demelius aannemen, dat de *centumviri* naar aanleiding van de gedragingen van partijen het goedvonden den eed op te leggen; maar men kan er nooit uit afleiden, dat de een aan den ander den eed kon opleggen met dwingend gevolg. Voor de vrijheid van den rechter pleit ook *c.* 3 *de R. C.: in bonae fidei contractibus nec non etiam in ceteris causis*, *inopia probationum*, *per judicem jurejurando*, *causa cognita*, *res decidi oportet.* Dat deze constitutie van Diocletianus en *fr.* 31 *de jurej.* door de compilatoren zijn opgenomen, bewijst, dat in hun tijd die vrijheid van den rechter ook nog bestond. Zooals wij echter vroeger zagen, was toen de decisoire eed hoofdzakelijk een eed over daadzaken voor den rechter geworden.

De eed der partijen nam dus in het Romeinsche recht

eene gewichtige plaats in tot beslissing van geschillen. Behalve de behandelde eeden treffen wij o. a. nog aan onzen schattingseed, *jusjurandum in litem*; den eed van *c.* 32 *de fideic.* 6.42, waar Justinianus bepaalde, dat men over het bestaan van een fideicommis eenvoudig een eed kon opleggen aan dengenen, die er mede belast was, een terugtred dus op de Theodosiaansche constitutie over fideicommissen; den eed van *c.* 2 *de jurej. pr. cal. d.* 2.58, volgens welken beide partijen moesten zweren te goeder trouw te procedeeren [1]).

Gaan wij in het kort na, welke beteekenis de eed der partijen in het Germaansche en in het Canonieke recht had en hoe hij later hier te lande na de receptie van het Romeinsche recht werd toegepast.

Uit de *interpretatio* op Paulus' *sententiae* zagen wij, hoe de West-Gothen 't Romeinsche *jusj. necessarium* opvatten. Het *deferre jusj.* was in hunne oogen een *offerre jusj.*; het eischen van een *jusj. calumniae* het aanbieden van een zuiveringseed; op dezen laatsten had de verweerder recht, wanneer de eischer geenerlei bewijs kon leveren; het *actore non probante absolvitur reus* gold hier dus niet, er kon van den verweerder nog steeds een eed gevorderd worden. Eene plaats uit de *lex barbara Visigothorum* II 1.22 luidt aldus: *judex ut bene causam cognoscat, primum testes interroget, deinde scripturam inquirat ut veritas possit certius inveniri, ne ad sacramenta facile veniatur; hoc enim justitiae potius indagatio vera commendat ut scripturae ex omnibus intercurrant et jurandi necessitas sese omnino suspendat.* Deze plaats handelt over 't *jusj. judiciale* van 't Romeinsche recht; de eed zou alleen bij gebreke van andere bewijsmiddelen worden gebezigd. Wel speelde de eed eene groote rol als zuiveringseed voor den verweerder, als bevestigingseed voor den eischer [2]); bijgestaan door eedhelpers, die

---

[1]) Over deze en nog andere eeden uitvoerig Bertolini, t. a. p., die echter omtrent den decisoiren eed nog de oude meening verkondigt.

[2]) Voor de eigendomsactie wordt deze afgeleid uit *Lex Salica* XXXVIII.

voor hunne geloofwaardigheid instonden, konden zij de zaak door hun eed beslissen; maar behalve uit bovengenoemde wet blijkt ook van elders, dat aan andere bewijsmiddelen, zoo die er waren, de voorkeur werd gegeven; zoo uit *Capit. legi Salicae addita* (a. 819) *c.* 12 [1]): *et hoc judicaverunt ut omnis, qui alteri aliquid quaerit, licentiam habeat prius testimonia sua producere contra eum* enz. De eed werd gedaan zoowel over handelingen van anderen als over eigen handelingen; de erfgenaam zwoer over handelingen van den erflater, de vader over die van zijn kind, enz. [2]). Zoo zwoer iemand, wiens wettige geboorte betwist werd: *quod filius legitimus sit* [3]).

In den Saksenspiegel spreken o. a. artt. 6, 7 en 18 boek I over den eed; door een zuiveringseed werd de verweerder bevrijd. Later kon de eischer klagen „schlecht" of „mit Gezeugen"; in 't eerste geval kon de verweerder een zuiveringseed doen; of deze dus zou plaats vinden, hing eenigszins af van den eischer, en in zooverre vertoont deze eed eenige gelijkenis met den opgedragen eed. De glossator Johan von Buch (1326) zegt dit aldus op art. 9 boek III: „want een yghelic Sasse die laet dat den anderen toe op sinen eedt, wanneer hi niet also goede bewisinghe en heeft" [4]). In sommige gevallen had de eischer het recht, zijn eisch door een eed te bevestigen [5]). De eed is in de oogen van den glossator geen bewijsmiddel, maar een godsoordeel, III, 21: „der eidt allein Gottes Urtheil ist in darumb kümmet er über Leib und über Seel gegen dem, der ihn

Sohm, *der Process der lex Salica*, bl. 76, ziet echter in de aldaar gebezigde uitdrukking: *agramire per tercia manu* niet het afleggen van een eed, maar hij neemt dien eed van den eischer toch voor 't Z. Duitsche recht aan.

[1]) *Lex Salica*, uitg. Behrend (en Boretius), bl. 116.

[2]) Zimmermann, *der Glaubenseid*, bl. 89.

[3]) *Edictum Rotharici*, 164.

[4]) Uitgave de Geer, II, bl. 142.

[5]) Laband, *die vermögensrechtlichen Klagen n. d. Sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters*, bl. 25.

schweret, denn er gehöret Got zu richten"[1]). Dat verwondert ons ook niet, wanneer wij zien, dat hij slechts aan de materiëele kracht der bewijsmiddelen dacht, III, 37: „des soltu wissen, das allermeist alle beweisunge nichts anders machen denn allein einen Wan und ein Vermutung". De invloed van het Romeinsche recht liet zich hierin ook gelden; daaraan is misschien toe te schrijven, hetgeen wij boven zagen, dat de eed later alleen te pas kwam, wanneer de eischer geene bewijsmiddelen had, zooals de glosse op I, 18 luidt: „dann man überzeuget einen Sachsen und alle so dem sechsischen Rechten unterworffen sind auch nach dieses buches recht gleich so wohl als ander leuthe"; en dan van den inhoud van art. 18: „darumb siehestu das es ja falsch ist"[2]).

Hoe het Romeinsche recht door de Glossatoren werd uitgelegd, zien wij bv. bij Azo[3]): *distinguendum est autem jusjurandum: quia aliud est voluntarium, aliud necessarium, aliud judiciale. Voluntarium dicitur, quod pars parti defert extra judicium. Necessarium autem dicitur, quod necessitate a judice imposita defertur et suscipitur. Nec enim potest hoc sacramentum referri. Item nec recusari nisi praetentatur justa causa recusationis. Judiciale autem dicitur a judicio: quia in eo pars una alteri defert jusjurandum, quod non est necessarium subire: imo potest recusari. Item potest et referri. Olim autem non poterat recusari nec referri. Necessarium* noemt hij dus den suppletoiren, *judiciale* den decisoiren eed. De laatste kon geweigerd worden, zooals hij later echter opmerkt „*si praetentat justam causam*"; Azo beroept zich hierbij op *c.* 12 *de R. C.*, terwijl het vroeger volgens *fr.*

---

[1]) *Sachsenspiegel*, uitg. Gärtnern, Leipzig, 1732. Eene zelfde voorstelling vinden wij bij van der Brugghen, *de eedsleer*, bl. 195: door den eed spreekt God zelf recht, daarin ligt hetzelfde beginsel als in de ordaliën. Er kan valschelijk gezworen worden, dan is het Gods wil, dat de andere partij onrecht ondervinde; de meineedige zal zijne straf niet ontgaan.

[2]) Löning, *der Reinigungseid bei Ungerichtsklagen*, bl. 270, betoogt het subsidiaire karakter van den eed voor het strafrecht.

[3]) *Summa codicis*, *in tit. cod.* IV, 1 n. 1.

38 *de jurej.* niet kon. De verhouding tusschen deze beide plaatsen werd door andere Glossatoren aldus voorgesteld, dat in *fr.* 38 aan een reeds aangenomen eed moest gedacht worden [1]). Men erkende in 't algemeen het recht tot recusatie, behoudens goedkeuring van den rechter.

De commentator Bartolus werpt de vraag op, of de rechter ook uit eigen beweging den eed kan opleggen, dan of altijd de opdracht van partijen moet worden afgewacht; hij meent het laatste [2]). Dit wijst op eene verwarring tusschen den suppletoiren en den decisoiren eed, eene verwarring, die wij ook bij schrijvers over 't Canonieke recht aantreffen. Zoo verdedigde de speculator Durantis († 1246) de meening, dat eedsopdracht alleen mogelijk was, waar reeds eenig bewijs was geleverd [3]). In 't begin der 16e eeuw vinden wij dezelfde meening nog verkondigd door Petrus Ravennas, bijgen. ab Memoria [4]). De invloed, dien het Romeinsche recht uitoefende op het Germaansche, blijkt vooral bij Chil. König († 1526) [5]); hij brengt den eed van den Saksenspiegel in verband met het Romeinsche recht; hij kan worden teruggewezen, enz.

In het Canonieke recht nam de eed slechts eene ondergeschikte plaats in het bewijsrecht in. Verschillende oorzaken werkten daartoe mede; in de eerste plaats het eedsverbod

---

[1]) *Glossa ordinaria ad l. manif.: porro si non fuerit susceptum, non est manifestae turpitudinis.*

[2]) *Comment. in l. admonendi, Opera omnia*, 1588, bl. 106: *quaero utrum pars possit seu debeat hoc petere? Et dico quod sic.*

[3]) *Speculum juris*, II, 2 § 1, *de juramenti delat.* n. 4: *potest tamen respondere: frater, non cogor jurare nisi aliquid sit probatum vel praesumptum, — et hoc verum est, nam actore non probante etc.* Carpzovius, *Processus juris in foro Saxonico*, XI, 1 § 6 n. 48, teekent hierop reeds aan: *sed cum in textibus praedictis accurate perpensis agatur de juramento necessario — nihil inde inferri potest ad jusjurandum judiciale.*

[4]) *Compendium juris Canonici: de jurej.* f°. 105*a*, col. 1 en 2: *et nota — quod sit justa causa recusandi juramentum ex parte rei, quum actor nihil probarit.*

[5]) *Practica und Process*, c. 66.

in den Bijbel; dan de aard der zaken, die voor de geestelijke rechtbanken kwamen; ten slotte het streven naar materiëele waarheid. Soms zien wij den eed tegenover de bewijsmiddelen gesteld, zoo in de glosse op het *Corpus juris canonici*, *Decret.* II tit. 24: *quia in defectum probationum recurritur ad juramenta*, enz.; soms hem onder de bewijsmiddelen genoemd, zoo bij Durantis[1]): *videndum restat*, *quot sunt species probationum. Et quidem sunt duodecim — septimo per juramenti delationem factam a parte parti vel factam a judice alicui litigantium.* 't Hing er geheel van af, of men zich op formeel of op materiëel standpunt plaatste. Het Canonieke recht zelf helde over tot het laatste, hetgeen blijkt uit de behandeling der bekentenis vóór het bewijs, *Decret.* II tit. 18, en de tegenstelling tusschen bekentenis en bewijsmiddel in *c.* 51 X *de appell.* II 28. Als *legitimae probationes* golden in het Canonieke recht alleen schriftelijke bescheiden en getuigen[2]). Ook de procedure in dit recht werkte er toe mede om de gewone eeden van het Romeinsche recht minder aan te wenden; beide partijen deden een *jusjurandum generale calumniae*; de eisch werd in verschillende feitelijke beweringen (*positiones*) verdeeld en deze moesten door den verweerder worden beantwoord; de voorafgaande eed sloot nu gewoonlijk latere eeden uit, zoodat Brunnemann[3]) de gewoonte vermeldt om deze maar in 't geheel niet te laten doen. Stonden bewering en ontkenning tegenover elkaar, dan kwam het tot ander bewijs[4]). Toch kwamen beslissende en aanvullende eed wel voor. *C.* 2 X *de probat.* II 19 van Alexander III en *c.* 36 X *de jurej.* II 24 van Gregorius IX handelen er over; de eerste verbood, wan-

---

[1]) T. a. p., II 2, *de probat.*

[2]) Hinschius, *Beiträge zur Lehre von der Eidesdelation mit besond. Rücks. auf das kanon. Recht*, bl. 31.

[3]) *Tractatus juridicus de processu fori*, c. 23 n. 10; hij wijst echter op 't verschil van beide eeden: *hoc est veritatis*, *illud credulitatis.*

[4]) Zimmermann, bl. 171.

neer volledig bewijs aanwezig was, bovendien nog eens een eed op te leggen; de tweede liet toe, den door de tegenpartij opgedragen eed zonder reden te weigeren, den door den rechter opgelegden eed alleen *„justa de causa"*.

Ook in 't Canonieke recht werden beslissende en aanvullende eed verward; zoo vindt men bij den laatsten zelfs voorbeelden van terugwijzing [1]). In 't Duitsche recht vindt men geene beperking van den eed tot bepaalde zaken [2]), in 't Canonieke wel. Durantis [3]) sluit den eed uit bij *causae spirituales*, en bij Panormitanus [4]) vinden wij den regel opgesteld, dat bij een proces over de geldigheid van een huwelijk hij, die de geldigheid beweert, aan de tegenpartij den eed niet mag opdragen, deze aan hem wel.

In onze oud-Vaderlandsche rechtspraak paste men gewoonlijk het Romeinsche en het Canonieke recht toe [5]). Die toepassing moeten wij uit de schrijvers leeren kennen.

Jodocus Damhouder [6]) laat, met verwijzing naar *c.* 12 *de R. C.* en *c.* 36 X *de jurej.*, steeds toe den opgedragen eed te weigeren, maar voegt er uitdrukkelijk bij: *verum ita recusando, causam suam multum labefactat et veritatem agnoscere videtur.*

Bij latere schrijvers treffen wij dikwijls verwarring van decisoiren en suppletoiren eed aan; niet bij de Groot [7]), die zelfs de meening voorstaat, dat bij den eersten geen vonnis meer noodig was, bij den laatsten wel. Anders van Leeuwen [8]); hij laat den suppletoiren eed toe,

---

[1]) Hinschius, bl. 116.

[2]) Ook in 't latere Duitsche recht wordt de eed in familieprocessen toegelaten, Leonhard, t. a. p., bl. 167.

[3]) II 2 *de jurej. delat.*, n. 7.

[4]) *Lectura super V libros decret. ad c. fin. X de jurej.* II 24 n. 7.

[5]) De zuiveringseed kwam nog voor in het Rechtsboek van den Briel, uitg. Fruin en Pols, bl. 159. Latere bronnen, zooals de Ordonnantie van 1 April 1580, bevatten weinig of niets over den eed.

[6]) *Praxis rerum civilium*, c. 179 n. 3.

[7]) *Inleiding*, III, 50.

[8]) *Roomsch-Hollandsch recht*, V, 22.

wanneer de eischer half bewijs heeft; de decisoire kan geweigerd worden om redenen, door den rechter te beoordeelen; zoodanige reden is b. v. voor den verweerder, wanneer de eisch minder dan half bewezen is, voor den eischer, wanneer hij zijn recht door andere middelen wil bewijzen.

Merula [1]) ontkent zelfs het bestaan van den beslissenden eed; de Haas teekent hierbij echter aan, dat deze ook in gebruik was en wel volgens sommigen alleen bij aanwezigheid van half bewijs, volgens anderen steeds.

Zeer gebruikelijk was de eed niet; zooals Merula zegt, werd hij aan den eischer alleen in kleine zaken opgelegd en wij lezen bij van Wassenaer [2]): „ende selden daertoe comen, dat men een van partije den eed in supplementum probationis defereere; want notoir is, dat men in sake van grote importantie ende daer veel aen gelegen is als in criminele saken ende van huwelijken ende andere daer iemands eere ende welvaren aan hangt, netter ende klaerder ende volkomender bewijs moet hebben als in geringe saken".

Huber [3]) vermeldt weer beide eeden en zegt dat de beslissende niet kan plaats vinden in „saken, die men niet afstaen ende versaken kan, gelijk o. a. is het houwelijk, ten voordeel van hetwelke den eedt wel kan plaetse hebben, maer niet daer tegen".

Wij vinden dus bij de meeste schrijvers de bevoegdheid des rechters erkend om de eedsopdracht te verwerpen en deze zelfs uitgesloten in familieprocessen; eigenaardig is daarbij de beperking van deze uitsluiting tot gevallen, waar het bestaan van het huwelijk bedreigd wordt.

De bron van ons tegenwoordig recht ook in zake den eed is voornamelijk Pothier [4]). Terwijl hij den decisoiren en den suppletoiren eed juist onderscheidt en het vereischte van gedeeltelijk bewijs voor den eersten met de argumen-

---

[1]) *Manier van procedeeren*, (uitg. de Haas), bl. 612.
[2]) *Practijk judicieel*, 1660, bl. 83.
[3]) *Hedendaagsche regtsgeleerdheid*, 1726, bl. 454.
[4]) *Traité des obligations*, éd. Bugnet, bl. 482.

ten van Vinnius [1]) bestrijdt, kent hij geenerlei beperking van de eedsopdracht, dan in zooverre zij eigen handelingen moet betreffen. Aldus vinden wij de zaak ook geregeld in den Code, in ons Wetboek Napoleon ingericht voor het Koningrijk Holland en in het Ontwerp 1820. Art. 2 Ontwerp 21 October 1824 bevatte echter de beperking, die wij ook in ons Wetboek aantreffen, tot zaken, waarover dading mogelijk is en waarin de bekentenis niet is uitgesloten; elke andere beperking, vroeger overgelaten aan het oordeel des rechters, is dus uitgesloten. De genoemde beperking vloeit uit den aard der zaak voort; ook al ziet men in den decisoiren eed geene overeenkomst, toch staat het vast, dat partijen in dezen eed de gelegenheid vinden over hunne rechten te beschikken; men moet dus, waar men die beschikking niet wil, den eed ook wel uitsluiten. Vandaar dat de schrijvers over den Code ook voor dezen die uitsluiting aannemen [2]). Er zijn echter m. i. ook andere gevallen, waarin voor de partij, aan wie een eed wordt opgedragen, eene onbillijkheid ligt in den op haar uitgeoefenden dwang; ook al heeft men te doen met door haar zelve verrichte feiten, deze kunnen lang geleden zijn, van ingewikkelden aard, zoodat de juiste herinnering van alle omstandigheden ontbreekt en in dat geval is het onbillijk, de gewone regelen van den beslissenden eed toe te passen. In de gevallen, waarvoor de Romeinsche praetor den eed had ingevoerd, bestond voor deze onbillijkheid geen gevaar. Nu had men, evenals Justinianus dat deed, aan den rechter het oordeel over de verplichting tot eedsaflegging of terugwijzing moeten toekennen [3]). Maar ook in bovengenoemde beperking is de wetgever m. i. te ver gegaan en had hij meer aan het oordeel des rechters moeten overlaten. Nu is o. a. in

---

[1]) *Selectae juris quaestiones*, I, 52.

[2]) Laurent, *Principes du droit civil*, XX, bl. 268. Deze beperking brengt natuurlijk het nadeel mede, dat men in die processen een bewijsmiddel minder heeft.

[3]) Ik wijs hierbij op het bij Zimmermann bl. 342 aangehaalde

een echtscheidingsproces de beslissende eed volkomen uitgesloten, terwijl er zich zeer goed gevallen kunnen voordoen, waarin de grond voor die uitsluiting volstrekt niet bestaat. De verweerder beroept zich b. v. op eene plaats gehad hebbende verzoening, zonder daarvoor eenig bewijs te kunnen aanvoeren; nu zou er volstrekt geen bezwaar zijn, in dit geval de eedsopdracht toe te laten; van afspraak der partijen kan hier geen sprake zijn en zonder reden ontneemt men hier dus den verweerder zijn eenig bewijsmiddel, dat zou kunnen strekken om het huwelijk in stand te houden. Evenzoo, in eene actie tot nietigverklaring van een huwelijk wegens gebrek aan toestemming beroept zich de verweerder op later gevolgde goedkeuring; ook hier bestaat geen reden hem het bewijsmiddel van den eed te ontnemen. Het zou misschien moeilijk zijn, hiervoor eene algemeene formule te vinden; door echter den rechter hierin eenige vrijheid te laten kon men het doel bereiken om den eed niet in meer gevallen uit te sluiten dan de aard der bedoelde rechtsverhoudingen eischt. Zooals wij reeds zagen, stond Huber op dit standpunt en in vroeger tijd reeds Panormitanus; ook de Duitsche Civil-Processordnung bevat in § 577 eene bepaling in dien geest; zooals zij gewijzigd wordt door het Ontwerp-invoeringswet van het Burgerlijk Wetboek sluit die paragraaf de eedsopdracht uit „in Ansehung solcher Thatsachen, welche die Scheidung oder die Anfechtung der Ehe oder das Recht, die Herstellung des ehelichen Lebens zu verweigern, begründen sollen [1])". § 627*a* past deze bepaling toe op geschillen over wettigheid van afstamming.

---

art. 20 van het Landrecht für Ober- und Nieder-Bayern van 1616, overgenomen in den *Codex juris Bavarici judiciarii* van 1753 c. XII § 2 n. 2: „dann wo es etwa ein frembde Geschicht oder die Sachen vor so viel Zeit verlossen, dass sie dem andern Theil vermuetlich möchte abgefallen sein — soll der Richter das anbott des Aydes für unzulässig halten."

[1]) Hierover Leonhard, *die Eideszuschiebung in Familienprocessen.*

NAAR AANLEIDING VAN EEN „DISCOURS DE RENTRÉE",

DOOR

Mr. R. VAN BONEVAL FAURE.

> *De la protection légale de l'enfance. Déchéance de la puissance paternelle.* Discours prononcé par M. le Chevalier Hynderick, procureur général, à l'audience solennelle de rentrée du 1 Octobre 1892, et dont la Cour a ordonné l'impression. Gand 1892.

Deftigheid, al staat zij niet meer in den goeden reuk van weleer, is nog altijd, om niet te zeggen eene Hollandsche deugd, eene Hollandsche eigenaardigheid. Bedrieg ik mij niet, dan heeft geen taal van een onzer naburen een aequivalent ter juiste uitdrukking van het begrip of van het denkbeeld, dat wij aan het woord *deftigheid* verbinden. Maar, hoe deftig men bij ons moge wezen, eene plechtigheid goed te organiseeren of goed te leiden is in 't algemeen onze zaak niet. Meest is wat plechtig heet, omdat het plechtig moet geschieden, niet plechtig, of maakt althans den indruk niet, dien men van eene plechtigheid verwacht. Zijn wij soms daarvoor te, ja, hoe zal ik het zeggen, te nuchter? te afkeerig van vertoon? Of ontbreekt het ons aan het talent om het vertoon, dat voor eene plechtigheid noodig is, zóó in te richten, dat het ophoudt louter schijn te wezen, maar een passende vorm wordt voor de handeling die daarin wordt gekleed, zoodat deze daaraan eene verheffing, eene wijding ontleent, die den indruk daarvan verhoogt of haar dien indruk doet te weeg brengen, waarop de handeling om haar wezen aanspraak heeft?

Dat gebrek aan zin voor plechtigheden openbaart zich, dunkt mij, bij ons o. a. in de regeling van de eedsaflegging

en wat men noemt „de inwendige dienst" bij de gerechten. Alleen voor de installatie der rechterlijke ambtenaren, behalve die in en bij de kantongerechten, wordt eene plechtige zitting van het Kollegie voorgeschreven.

„De installatie der Regterlijke Ambtenaren in en bij de Kantongeregten", dus luidt art. 4 van het Reglement n°. I, „geschiedt door de eenvoudige voorlezing op de teregtzitting der akte van den afgelegden eed, door den Griffier of door dengene, die deszelfs functiën waarneemt." Inderdaad, eenvoudiger kon het niet, en „installatie" is, dunkt mij, nog een te deftig woord voor die „eenvoudige" handeling. Men had in overeenstemming daarmede nog beter gezegd: „De Rechterlijke Ambtenaren in en bij de Kantongerechten nemen eenvoudig zitting" na voorlezing op de terechtzitting, enz.

„De andere Regterlijke Ambtenaren" evenwel, zoo heet het verder, „worden geïnstalleerd in eene plegtige zitting van het kollegie, waarbij zij zijn benoemd, en door den President van hetzelve, of door dengene die hem vervangt, nadat de akte van den door hen afgelegden eed door den Griffier zal zijn voorgelezen".

Wat eene plechtige zitting *is*, wordt nergens bepaald. Het schijnt wel, dat zij opzettelijk en uitsluitend voor de installatie belegd wordt, en de gewoonte brengt, meen ik, mede, dat alle Rechterlijke Ambtenaren in en bij het Kollegie daaraan behooren deel te nemen [1]). Doch dit hangt van den President af. *Hij* oordeelt, of er eene algemeene vergadering zal worden gehouden, en eene algemeene vergadering is niet eens eene plechtige terechtzitting.

Houdt men zich aan art. 4 van het Reglement, dan kan die plechtige zitting zeer licht zoo heeten, zonder het in

---

[1]) Het Reglement n°. I bepaalt omtrent die plechtige zittingen, in art. 57, dat daarbij de functiën van het Openbaar Ministerie door den Procureur-Generaal of den Officier in persoon moeten worden waargenomen en, in art. 70, dat de Griffier in persoon daarbij moet tegenwoordig zijn.

werkelijkheid te zijn. En al pleegt men er wat meer werk van te maken dan het Reglement voorschrijft, de veelheid der toespraken alleen is niet in staat, de zitting der installatie tot eene wezenlijk plechtige zitting te maken.

Voor een feit, dat bij uitnemendheid het voorwerp van eene plechtige zitting kan zijn en waarvoor de plechtige zitting niet alleen uitdrukkelijk was voorgeschreven bij de Fransche Reglementen, maar ook uitvoerig was bepaald waarin het wezen der plechtigheid zou bestaan, achtte men bij ons dien omslag, naar het schijnt, niet noodig. Dat feit was de hervatting der werkzaamheden door het Kollegie na de jaarlijksche vacantie. „La rentrée des Cours impériales se fera chaque année dans une audience solennelle à laquelle assisteront toutes les chambres", dus luidde art. 33 van het Decreet van 6 Juli 1810. En dat decreet liet het er niet bij, eenvoudig eene plechtige zitting voor te schrijven, maar bepaalde verder, in art. 34, waarin de plechtigheid zou bestaan. „Le procureur-général, ou l'un des avocats-généraux qu'il en aura chargé, prononcera un discours sur un sujet convenable à la circonstance; il tracera aux avocats et aux avoués le tableau de leurs devoirs; il exprimera ses regrets sur les pertes que le barreau aurait faites, dans le cours de l'année, de membres distingués par leur savoir, par leurs talents, par de longs et utiles travaux, et par une incorruptible probité." Zoo zijn de vroegere „Mercuriales" met de veranderde instellingen, zeden en gewoonten in overeenstemming gebracht. De overgang komt duidelijk uit in het Decreet van 30 Maart 1808, *contenant règlement pour la police et la discipline des Cours et tribunaux*, waarvan art. 101 inhield: „Tous les ans, à la rentrée de nos Cours d'appel, chambres réunies, il sera fait, par notre procureur-général, un discours sur l'observation des lois et le maintien de la discipline", en in de Wet op de Rechterlijke Organisatie van 20 April 1810, waarvan art. 8 dus luidde: „Toutes les chambres de la Cour impériale se réuniront en la chambre du conseil le

premier *mercredi* d'après la rentrée: le procureur-général, ou un avocat-général en son nom, prononcera un discours sur la manière dont la justice aura été rendue dans l'étendue du ressort pendant la précédente année; il remarquera les abus qui auraient pu se glisser dans l'administration en cette partie; il fera les requisitions qu'il jugera convenables d'après les dispositions des lois. La Cour sera tenue de délibérer sur ces requisitions et le procureur-général enverra au grand-juge copie de son discours et des arrêts qui seront intervenus." De groote verzoendag, met de *mercuriales* beoogd, de herinnering aan de tekortkomingen in het vorige jaar, komt hier nog duidelijk uit; in 1810 werd het een dag tot opwekking bij de hervatting der werkzaamheden.

Wat er nu bij ons, in de Noordelijke provinciën, van dat „discours de rentrée" tot aan het jaar 1838 geworden is, weet ik niet; ik herinner mij niet, ooit eene dergelijke rede ergens vermeld te hebben gevonden, nog minder er eene in druk te hebben gezien; de omstandigheid, dat wij maar één Gerechtshof hadden, heeft wellicht tengevolge gehad, dat er weinig werk van de geheele plechtigheid gemaakt werd; dat men er althans niet aan hechtte of bezwaar had de negen à elf procureurs-generaal die er zouden komen met de „besogne" te belasten, blijkt wel daaruit, dat er in het in 1838 ingevoerde Reglement n°. I geen spoor van te vinden is. Ook heeft er misschien toe bijgedragen, dat in het Fransche decreet de balie bij gelegenheid van die toespraak wel wat ruim was bedacht, terwijl dit in verband stond met de in art. 35 van het decreet van 6 Juli 1810 voorkomende bepaling, dat de leden der balie ieder jaar in die plechtige zitting opnieuw den eed moesten afleggen, wat zeker terecht overbodig geacht werd en zelfs afkeuring verdiende [1]).

[1]) Nader is mij uit het archief van het Keizerlijk Gerechtshof, na 1813 het Hooggerechtshof te 's Gravenhage, gebleken, dat onder het Keizerrijk door den Procureur-Generaal in de plechtige openingszitting wel was gehouden „un très beau discours qui a produit une grande

In België schijnt men met de plechtigheid meer te hebben op gehad; daar bleef men onder de heerschappij van de Napoleontische decreten en worden deze ook thans nog geregeld in acht genomen.

Het is moeilijk te beoordeelen, of men bij ons wèl gedaan heeft met de instelling af te schaffen; zag men geen kans er eene werkelijke plechtigheid van te maken, dan zeker bleef zij beter geheel achterwege, en aan eene wederinvoering van eene instelling, die, op eene Fransche traditie steunende, hier in meer dan een vierde eeuw geen wortel schoot en die nog meer tot de zeden der magistratuur dan tot haren werkkring behoorde, valt zeker niet te denken. Toch heeft zij hare aantrekkelijke zijde. Ongepast kan het allerminst heeten, dat de hervatting van de zoo gewichtige aan de rechterlijke macht opgedragen werkzaamheden, na de jaarlijksche vacantie, op plechtige wijze in het openbaar, als het ware wordt ingewijd. Maar alles hangt daarvan af, of hetgeen in die eerste zitting geschiedt de plechtigheid waard is en dus vooral van de rede, welke bij die gelegenheid door den procureur-generaal wordt gehouden. Als daarvan zooveel werk wordt gemaakt als in België en meer bepaaldelijk bij het Gerechtshof te Gent, gelijk mij bleek uit de, eenige achtereenvolgende jaren dáár door opvolgende procureurs-generaal gehouden toespraken, waarvan ik meer bepaaldelijk in de gelegenheid was kennis te nemen, dan aarzel ik niet, die instelling eene uitnemende te noemen. De woorden van het decreet: „un discours sur un sujet convenable à la circonstance" zijn ruim genoeg om het geheele rechtsgebied in den meest uitgebreiden zin voor de keuze van een onderwerp open te stellen, en tevens bepaald genoeg om elke gedachte aan

sensation" (zonder vermelding van het onderwerp), maar ook dat, na „de afschudding van het Fransche juk", het Hooggerechtshof zich van de plechtige zittingen na afloop der vacantie heeft afgemaakt. Bij het ontwerpen van het Reglement n°. 1 is er dus waarschijnlijk niet eens meer aan gedacht.

een banaal gelegenheidspraatje, als zoude daarmede aan het voorschrift voldaan kunnen worden, uit te sluiten.

Wanneer dan de procureur-generaal in zijne rede, hetzij een geschiedkundig onderwerp behandelende eene oudvaderlandsche instelling voor de verbeelding der hoorders doet verrijzen en den tegenwoordigen toestand daaraan toetst of daarmede vergelijkt, hetzij een rechtsinstituut van de wijsgeerige zijde beschouwt, of wèl het volle licht doet vallen op eene bestaande instelling, wier nut betwijfeld wordt omdat zij wellicht, doordien zij niet wordt begrepen, niet juist wordt gewaardeerd, of ook op hervormingen wijst, welke op het gebied der positieve of der sociale wetgeving gewenscht mogen voorkomen, en wanneer die hooggeplaatste magistraat daarbij niet blijft beneden de waarde van zijn onderwerp, dan kan zoodanige rede reeds uit zich zelve op het rechtsgeleerde publiek in de eerste plaats, maar ook op het grootere beschaafde publiek een weldadigen invloed oefenen. Bij dit laatste vooral kan door hetgeen het daar hoort en ziet de overtuiging gewekt of bevestigd worden, dat de magistratuur hare taak nog van een hooger standpunt beschouwt en opvat dan waarvan de dagelijksche rechtspraak dunk geeft, een standpunt dat zij niettemin voor de deugdelijkheid der rechtspraak behoeft en behoort in te nemen. Want ook het Hof, wanneer het, gelijk pleegt te geschieden, de openbaarmaking van de rede van den procureur-generaal door den druk beveelt, verklaart zich als het ware solidair met den geest, welke die rede bezielt en die daaruit sprak. En dan kan er, dunkt mij, geen twijfel bestaan, of het vertoon van plechtigheid, hetwelk door den ernst van het oogenblik wordt geëischt, zal in overeenstemming zijn met de handeling, welke op zulk eene eerste zitting van het jaar, bij de hervatting van eene taak bij welker nauwgezette vervulling het hoogste belang van den Staat betrokken is, wordt verricht.

Of mag het geene uitnemende instelling heeten, welke aan de magistratuur de gelegenheid verschaft om in het

openbaar en in de waarneming zelve harer functiën getuigenis te geven van den geest die haar bezielt en waarin zij, naar de eischen van den tegenwoordigen tijd, hare taak opvat? Wanneer men haar bijv. hoort getuigen:

„C'est avant tout dans les fonctions publiques qu'il est „du devoir de chacun de veiller sur soi-même, et de se „lier étroitement aux obligations d'une discipline sévère."

„L'exemple a une vertu dont les effets se prolongent de „dégré en dégré."

„L'ordre judiciaire occupe les premières lignes; il lui „appartient de donner à son action toute sa force exem„plaire. „Combien est grand l'effort de la justice, quand „„il tombe en un brave sujet", écrivait Etienne Pas„quier; dans la magistrature comme dans le barreau et „dans les offices ministériels, personne n'échappe au devoir „de s'élever et de se maintenir au niveau de ses fonctions; „celles-ci non plus n'ont point en elles une vertu particu„lière qui dispense de l'énergie morale et de l'effort."

Is het niet goed, dat de magistratuur zelve verklare dat, hoe hoog hare functiën haar plaatsen in den Staat, zij hare kracht niet beweert te ontleenen aan de hoogheid harer betrekking, maar aan de wijze waarop zij die betrekking waarneemt? En zou het voor de rechtzoekenden zoo geheel overbodig zijn, zulk een getuigenis uit haar eigen mond te vernemen?

De woorden, die ik daar aanhaalde, ontleen ik aan het slot van een uitnemend „discours de rentrée", een paar jaren geleden gehouden door den toenmaligen procureur-generaal bij het Hof van Gent, thans Raadsheer in het Hof van Cassatie te Brussel, den heer Lameere, die — hetzij hij uit het gebied der rechtsgeschiedenis de onderwerpen voor zijne ambtelijke rede ontleende en die geschiedenis zelve en hare tegenwoordige beoefening in de Nederlanden, in ons land zoowel als in België, of een bijzonder onderwerp van Vlaamsche rechtsgeschiedenis als *le formalisme dans le droit flamand*, *le recours au chef de sens*, *les communes vérités*

besprak, hetzij hij de eene of andere instelling van den tegenwoordigen tijd karakteriseerde als hij handelde over den werkkring van het O. M. in burgerlijke zaken, hetzij aan eene zijde van den toestand der tegenwoordige maatschappij zijne beschouwing wijdde, door te handelen *de la discipline dans les esprits et dans les moeurs* — altijd een onderwerp wist te kiezen, dat volkomen beantwoordde aan den eisch van te zijn „convenable à la circonstance", en zoowel door den ernst en de grondigheid van het daaraan gewijde onderzoek als door den keurigen vorm, welken hij aan zijne rede gaf, toonde zijn onderwerp te beheerschen en het i. é. w. ook behandelde op eene wijze „convenable à la circonstance".

Wanneer ik bij de straks door mij vermelde onderwerpen nog voege een *discours sur l'importation du jury sur le continent*, en een ander *de notre procédure criminelle à la fin de l'ancien régime*, dan ziet men: aan rijkdom van te behandelen onderwerpen ontbreekt het niet, wanneer de mond maar kan spreken van den overvloed des harten.

Op waardige wijze drukte de procureur-generaal Hynderick de voetstappen zijns voorgangers, toen hij verleden jaar de *surveillance de la haute police* tot onderwerp koos, en niet minder belangrijk, noch zeker minder „convenable à la circonstance" was het onderwerp, dat op 1 October jl. den inhoud leverde voor zijn *discours*, dat ik aan het hoofd van dit opstel aanwees, en dat op eene uitstekende wijze door den hooggeplaatsten magistraat werd behandeld. Het onderwerp is uitermate actuëel, en wij hebben zoo nauwe betrekking tot België ook op het rechtsgebied, en reeds zoo dikwijls met zijne wetgeving ons voordeel gedaan, dat het waarlijk niet ongepast mag heeten, eenige oogenblikken daarbij stil te staan. Want het onderwerp is ontleend aan een bij de wetgevende Kamers in België door den Minister van Justitie aanhangig gemaakt ontwerp van wet op de bescherming van kinderen, *la protection de l'enfance*.

Goed doet het al dadelijk, een der hoofden van het Openbaar Ministerie, hetwelk bij ons ook bij het beschaafde publiek al niet anders dan als „de openbare aanklager" bekend staat, te hooren zeggen in den aanhef zijner rede: „Grande serait l'erreur de croire que la solution du problème „de la criminalité réside uniquement dans la condam„nation des coupables et dans un système pénitentiaire „sévèrement organisé. Pour enrayer l'accroissement des cri„mes et des délits, il faut règler le sort de ces enfants „moralement abandonnés, „de ces enfants qui par suite „„des infirmités, de la négligence, des vices de leurs parents „„se trouvent livrés à eux-mêmes ou privés d'éducation"".

Bij de behandeling van zijn onderwerp herinnert de Proc.-Gen. in de eerste plaats aan de reeds vroeger uitgevaardigde wetten en wettelijke verordeningen, waarbij de Staat zich het lot van verzorging behoevende kinderen heeft aangetrokken. Vooreerst wijst hij op de vondelingen en door de ouders feitelijk verlaten kinderen, waartoe betrekking had het decreet van 19 Januari 1811, dat wij nog wel vermeld en opgenomen vinden bij Fortuyn, III bl 265 vlg., doch dat door Mr. Breukelman, in zijne in den loop van dit jaar verschenen, zeer verdienstelijke *Bewerking van de hier te lande executoir verklaarde wetten van vreemden oorsprong*, als afgeschaft wordt beschouwd en dientengevolge onder n°. 1224, bl. 199, alleen wordt vermeld. — De Belgische instellingen tot opneming van jeugdige bedelaars en landloopers beneden den leeftijd van 18 jaar, onder den naam van *Ecoles Agricoles* en *Ecoles de bienfaisance de l' Etat*, en de instellingen voor jeugdige misdadigers die zonder oordeel des onderscheids bleken gehandeld te hebben, vinden bij ons haar tegenhanger in de Rijksopvoedingsgestichten, aangewezen in artt. 38 en 39 Wetb. van Strafrecht en waarvan de nadere regeling plaats had bij de Wet van 14 April 1886 *Stbl.* n°. 62 *tot vaststelling der beginselen van het gevangeniswezen*, artt. 24 vlg., en bij het daarmede verband houdende Kon. Besluit van 31 Augus-

tus 1886 *Stbl.* n°. 159 *tot vaststelling van den algemeenen maatregel van inwendig bestuur* (betreffende de inrichting en het beheer der genoemde gestichten enz.), *bedoeld in art. 22 W. v. Strafr.*

Van een geheel anderen aard zijn de wetten, welke de Proc.-Gen. kenschetst als „des lois d'un caractère vraiment moderne dans leur esprit comme dans leur but", en waartoe behoort de Wet van 16 Augustus 1887 op de openbare dronkenschap. Ook bij ons treffen we in onze wet van 1881 *Stbl.* n°. 97 op dat onderwerp bepalingen als de door hem bedoelde aan, welke later in het Wetb. van Strafr. zijn opgenomen en volgens welke strafbaar is niet alleen hij die een kind beneden den leeftijd van 16 jaren dronken maakt (art. 252 n°. 2), met verzwaring van de straf, wanneer het misdrijf door den schuldige in zijn beroep wordt begaan, maar ook volgens art. 454 gestraft wordt de verkooper van sterken drank of zijn vervanger, die in de uitoefening van het beroep aan een kind beneden de zestien jaren sterken drank [1]) toedient of verkoopt.

Ook de Belgische wetgever begreep, dat hij zich het lot had aan te trekken van de fabriekskinderen. Was daaraan in vroegeren tijd niet te denken, toen de kinderen alleen als leerlingen in de werkplaatsen kwamen om tot een of ander ambacht of bedrijf opgeleid te worden, anders

---

[1]) Vruchten op brandewijn zijn daaronder volgens de jurisprudentie van Kantongerecht en Rechtbank 's Hage (*W.* nrs. 6151 en 6190) niet begrepen. Hoe grooter de verleiding, hoe minder het kwaad!? Zoude dit artikel, indien het niet naar het Strafwetboek ware overgebracht, maar in de wet van 1881 ware blijven staan, niet een krachtig argument hebben opgeleverd tegen de beperkte opvatting van *sterken drank* in de overgeblevene bepalingen dezer wet? Dit staat vast, dat als men aan sterken drank in art. 454 nu eene ruime beteekenis wil geven, het op zijne wandeling uit de vergunningswet naar het Swb. eene verandering heeft ondergaan, waarvan niemand iets heeft kunnen merken. In de aangehaalde vonnissen wordt de beteekenis van *sterken drank* wel uit de toelichting en de beraadslagingen over de wet afgeleid, maar het vroegere art. 17 n°. 1, nu art. 454 Swb., kwam daarbij, vreemd genoeg, niet in aanmerking.

werd hun toestand, toen de ontwikkeling van de fabrieksnijverheid in het in het werk stellen van kinderen tot den arbeid eene groote besparing der voortbrengingskosten ging zien, toen de kinderen in dienst werden gesteld van de werktuigen en in concurrentie traden met de volwassen werklieden.

„Si les anciennes législations", dus de Procureur-Generaal, „n'ont pas eu à réglementer le travail des enfants, de „nos jours il incombait à l'Etat d'intervenir, lui qui dans „toute société civilisée est le protecteur naturel de ceux que „leur faiblesse ne met pas en état de se protéger eux-„mêmes; il devait empêcher ces parents et ces patrons „qui ne voient dans ces jeunes ouvriers que des instruments „de gain, de les tenir sous la pénible contrainte d'un „labeur dont la nature ou la durée n'est en proportion ni „avec leur âge, ni avec leurs forces."

„En vain objecterait-on que la réglementation du travail „des enfants constitue une atteinte aux deux grands prin-„cipes de l'autorité du père et de la liberté de l'industrie."

„Au droit du père il faut opposer celui de l'enfant! La „puissance paternelle cesse d'être respectable lorsqu'elle „dégénère en une exploitation des forces de l'enfant."

En ofschoon reeds lang in andere landen wettelijke voorzieningen tegen den overmatigen fabrieksarbeid van kinderen waren genomen en België lang weerstand bood aan den algemeenen aandrang tot voorziening op dit punt, werd toch bij eene wet van 13 December 1889 eene even nauwkeurige als volledige regeling tot stand gebracht.

Hier hield de Nederlandsche wetgever met den Belgischen nagenoeg gelijken tred. Neen, hij was den nabuur vooruit! Want niet alleen dat de wet „op het tegengaan van overmatigen en gevaarlijken arbeid van *jeugdige personen*" (*in* de wet dragen ze den zeer gepasten naam van *kinderen*) „en van vrouwen", reeds op 5 Mei 1889 werd gegeven, die wet was niet anders dan het zeer noodzakelijke en lang verlangde complement van de Wet-van Houten, reeds

op 19 September 1874 *Stbl.* n°. 130 bij ons uitgevaardigd.

Maar de Belgische wetgever had bovendien reeds, op het voorbeeld van Pruisen, Italië en Frankrijk, den 28 Mei 1888, eene wet tot stand gebracht om het schandelijk exploiteeren van kinderen bij kunstenaarsvertooningen tegen te gaan.

„C'est, il faut le reconnaître, un spectacle digne de pitié, „et de nature à exciter la préoccupation des hommes de „coeur, de voir encore, au mépris des lumières de la civilisa- „tion, tant d'enfants exploités par des troupes de saltimban- „ques, subissant des traitements brutaux, élevés au milieu de „désordres de tout genre, vivant parfois dans une promiscuité „honteuse, livrés à l'ignorance et au vice, entraînés à jamais „sur la pente fatale de la démoralisation."

Konde deze exploitatie van kinderen bij ons onder de bepalingen van de Wet-van Houten vallen, na hare afschaffing bij de straks genoemde, overigens veel vollediger, wet van 1889 n°. 48, valt alleen onder het bereik der strafwet het bedrijf van hem, die een onder zijn wettig gezag staand kind beneden den leeftijd van twaalf jaren aan een ander afstaat of overlaat, wetende dat het tot of bij het uitoefenen van bedelarij, van gevaarlijke kunstverrichtingen of van gevaarlijken of de gezondheid ondermijnenden arbeid zal worden gebruikt (art. 253 W. v. Strafr.), terwijl de rechter de bevoegdheid heeft om, bij veroordeeling wegens dit misdrijf, den schuldige het wettig gezag, waarvan hij dus misbruik maakte, vaderlijke macht zoowel als voogdij, te ontnemen, door hem daarvan te ontzetten.

De ontzetting uit de vaderlijke macht! Zóó ver was de Belgische wetgever nog niet, althans niet in dien omvang, welke daaraan in ons Wetboek van Strafrecht is gegeven. Wèl gaat de Belgische strafwet iets verder dan de Fransche Code Pénal. Terwijl bij dit wetboek de ontzetting van de rechten, bij het Burgerlijk Wetboek aan de vaderlijke macht verbonden, alleen als gevolg is vastgeknoopt aan eene veroordeeling van een vader of eene moeder wegens het over-

leveren van het eigen kind aan prostitutie of corruptie, heeft de Belgische wetgever, bij de herziening van den Code Pénal, hetzelfde toegepast op den vader of de moeder, die wegens ontucht of wegens verkrachting op zijn of haar minderjarig kind gepleegd zijn veroordeeld, en ook bij de wet van 1888 wordt de bevoegdheid aan den rechter toegekend om de ontzetting van de vaderlijke macht toe te passen op ouders, die inbreuk mochten hebben gemaakt op de wettelijke bepalingen betreffende het gebruiken van kinderen tot gevaarlijke kunstverrichtingen. Maar aan die ontzetting is nog deze bijna ongeloofelijke beperking toegevoegd, dat zij alleen toepasselijk is ten aanzien van het kind, tegen hetwelk het misdrijf werd begaan. Eerst dan wanneer dit ook nog op andere kinderen wordt bedreven, of — om de woorden van den heer Hynderick te gebruiken — „ce n'est que s'ils (ces autres enfants) sont souil„lés à leur tour ou s'il a été trafiqué de leur personne ou „de leur honneur, que des mesures désormais inutiles peu„vent être prises."

Thans is bij de wetgevende Kamers in België een Ontwerp van wet aanhangig gemaakt om aan het bederven of verwaarloozen van de kinderen door de ouders op afdoende wijze paal en perk te stellen. Drieërlei maatregel wordt daartoe voorgesteld. Vooreerst algemeene regeling van de ontzetting van de vaderlijke macht, dan eene verbetering in de preventieve opvoeding van verlaten kinderen en van die welke misdadige handelingen bedreven, eindelijk verscherping van de strafbepalingen op misdrijven tegen de zeden, bepaaldelijk die welke in het bederven van kinderen bestaan.

De nadere bespreking van de eerste categorie dier maatregelen maakt het hoofdonderwerp uit van het *discours de rentrée*, dat mij de aanleiding tot dit opstel gaf.

Zonderling zou het schijnen, dat men jaren achtereen de verbetering van het lot der kinderen zocht in het tegengaan van de gevolgen eener slechte opvoeding of van de slechte behandeling, waaraan zij waren blootgesteld, en

dat men eerst ten langen leste de oorzaak van den ellendigen toestand, waarin zij verkeeren, ging aantasten, indien dit niet een algemeen verschijnsel ware, dat zich te eerder hier moest voordoen, omdat men, bij dat aantasten van de oorzaak, stuitte op eene instelling die, zoo men ze al niet als onaantastbaar beschouwde, toch als zoodanig behandeld werd. Terwijl eene ontzetting uit de voogdij ook om andere oorzaken dan als gevolg van of als bijkomende veroordeeling wegens misdrijf, zooals wegens slecht levensgedrag, onbekwaamheid of ontrouw, staat van faillissement en kennelijk onvermogen kon plaats hebben, was, naar den Code Nap. en eveneens naar ons Burgerlijk Wetboek, eene ontzetting van de vaderlijke macht onbekend, en liet de Code Pénal, die ook ons tot 1886 toe heeft beheerscht, alleen de opheffing van de bij het Burg. Wetb. aan de vaderlijke macht verbonden gevolgen toe, ingeval dat vader of moeder zich aan een der schandelijkste misdrijven tegen den persoon van hun kind schuldig had gemaakt.

Ofschoon onder het Fransche costumierrecht de vaderlijke macht, daarin aan de voogdij gelijk, meer als een *plicht* werd beschouwd, welken de ouders jegens hunne kinderen hadden te vervullen, en aan de daaraan jegens het kind verbonden rechten hoofdzakelijk de strekking kon worden toegekend om de ouders tot de vervulling hunner plichten in staat te stellen, gaf toch de omstandigheid, dat de wetgever van den Code de beginselen van dat costumierrecht met die van het Romeinsche recht, volgens welke in de landen van het *droit écrit* het *recht* der ouders op den voorgrond was gebleven, in het wetboek dat hij voor geheel Frankrijk maakte, in overeenstemming moest brengen, aanleiding, dat dit laatste denkbeeld bij de regeling der vaderlijke macht op den voorgrond gesteld werd [1]). Men liet zich

[1]) De heer Hynderick stelt op bl. 17 vlg. het karakter der *patria potestas* van de Romeinen scherp tegenover het karakter dier macht bij de Germanen. „La conception juridique de l'autorité du père était absolument différente chez les Germains: elle reposait sur une tutelle

bovendien licht verleiden tot de meening, dat men van een vader niet anders kon verwachten, dan dat hij van zijn recht alleen tot welzijn van zijn kind gebruik zou maken; men achtte een krachtig gezag een uitstekend middel ter handhaving van de rust en orde in de huisgezinnen, een middel tot instandhouding van die huisgezinnen zelve, welke wederom den hechtsten waarborg moeten opleveren voor een deugdelijken grondslag van den Staat. En kon men dan dat recht van den vader beschouwen als gegrond in de natuur en door de wet erkend of bevestigd, dan geliet men zich, alsof dat recht een uitvloeisel was van de eeuwige en onveranderlijke beginselen van een door de rede uitgevonden natuurrecht en men achtte zich ontslagen van te voorzien in het geval, dat de onwaardigheid eens vaders dat natuurlijk recht tot een leugen maakte. Men liet de kinderen weerloos tegenover ouders, die hun gezag misbruikten door hen zedelijk of lichamelijk te bederven of hunne opvoeding te verwaarloozen, en vergat dat men toeliet dat het huisgezin voor de kinderen een bron werd van ellende, dat men dit liet verwoesten uit zucht om het in zijne grondslagen te steunen en te versterken. Doch al werd het recht der ouders op den voorgrond gesteld, in de reden, waarom de wetgever meende hun het recht te moeten toekennen, in de verwachting, welke hij van de uitoefening koesterde, lag toch de erkenning, dat het in het belang van het kind en van de maatschappij aan de ouders was toevertrouwd.

Onze wetgever heeft in zijn Burgerl. Wetb. den Code trouw gevolgd. Hij nam niet eens de bepaling over, welke

organisée dans l'intérêt même de l'enfant", enz. Dat deze voorstelling, welke langen tijd de gangbare geweest is, ook die van de ontwerpers van den Code zal geweest zijn, is zeer aannemelijk. Dat daarover, naar de latere onderzoekingen der Germaansche rechtsbronnen, anders behoort gedacht te worden, is niet minder waar. Men zie voor allen Dr. A. Heusler, *Institutionen des deutschen Privatrechts*, II bl. 431 vlg.

van de ouderlijke macht in het Wetb. Nap. voor Holland gegeven werd en waarbij aan beide de ouders over de personen der wettige en gewettigde kinderen alle die macht en dat gezag gegeven werd, hetwelk de plicht eener behoorlijke opvoeding en de orde des huisgezins vorderen. Daar werd althans der ouderen *plicht* als maatgevend voor hun macht beschouwd. Maar reeds het Ontwerp van 1820, dat kennelijk op de bepaling van art. 279 van het Wetb. Nap. v. H. het oog had, liet de vermelding van den plicht weg en zeide, na toekenning, in art. 497, van de macht aan de ouders, in de daaropvolgende bepaling: „uit krachte „van deze magt, hebben de ouders al dat gezag over de „kinderen, hetwelk tot eene behoorlijke opvoeding derzelven, „en tot de goede orde in het huisgezin, noodzakelijk is". Voorts werd de benaming van *ouderlijke* macht, zooveel beter omdat zij ook aan de moeder werd opgedragen, in ons Wetboek weder, op het voorbeeld van den C. Nap , in *vaderlijke* macht, *puissance paternelle*, veranderd, als wilde men van het Romeinsche karakter van *recht* ook in de benaming de gedachtenis bewaren. In het wezen der zaak, dit moet ik evenwel zeggen, maakte die vermelding van plicht geen verschil. Want het Wetb. Nap. v. Holland kende, evenmin als het Ontwerp 1820, eenige reden van ontzetting uit de vaderlijke macht.

Het kon niet anders, of de misgreep des wetgevers en de daaruit ontstane leemte in de wet moest door de ondervinding aan het licht worden gebracht. „Jureconsultorum errores tempus aperit!" Hoe dat bij ons gegaan is, daarover straks; in België zal de nu voorgestelde wet in den misstand voorzien. Ik zeg: *in den misstand*; want veel verder dan een misstand *in de wet*, reiken in België de gevolgen niet. Wij vinden hier een treffend voorbeeld ten bewijze, hoe gebrekkig onze kennis is van het recht dat in een of ander land geldt, wanneer men onbekend is met de wijze waarop de daar geldende wet in toepassing wordt gebracht. Wat aan de wet ontbreekt, tracht dikwijls de rechtspraak

aan te vullen. Aldus op dit punt in België en Frankrijk. Gesteund door het gezag van vele uitleggers van het Wetboek, die niet in gebreke bleven de treurige gevolgen van 's wetgevers verzuim in het licht te stellen, doch tevens op middelen bedacht waren welke de rechter zou kunnen aanwenden om die gevolgen zoo niet geheel te voorkomen dan toch te verhelpen, bleef de jurisprudentie niet in gebreke dat gezag te volgen. Wel konden de uitleggers den rechter de macht niet toekennen, eene ontzetting der vaderlijke macht met zoovele woorden uit te spreken, maar, gedreven door overwegingen, welke den wetgever hadden moeten leiden in een beter spoor, wisten zij argumenten te vinden om te betoogen, dat het den rechter vrijstond, de nuttige en noodzakelijke maatregelen voor te schrijven, waardoor het misbruik van de vaderlijke macht wordt belet en de gevaren van eene slechte opvoeding worden bezworen.

Dat dit zoo moest zijn is zonneklaar, dat het in den geest des wetgevers zou gelegen hebben gelooft men licht, en de gronden, die dan worden aangevoerd om te betoogen dat de wetgever het werkelijk heeft gewild en bepaald, worden te eerder aangegrepen, dewijl, gelijk Thorbecke het zoo juist en duidelijk uitdrukte: „Het is een der kwade „gevolgen van wetten, waaraan men ontwassen is, die be„lemmering zijn in stede van beginsel, dat zij den echten „zin voor wettige waarheid vervalschen. Evenals men sluikt „onder een niet redelijk verbod, zoo bieden de meest „vaste regels van uitlegging op den duur geen weerstand „aan het klimmend gevoel eener niet voldane behoefte."

Het kon een rechtsgeleerde als Laurent weinig moeite kosten, de deugdelijkheid van elk der uit de wet of de beraadslagingen geputte argumenten te bestrijden en er is inderdaad niets te zeggen tegen zijne redeneering: „Quand „le législateur établit une puissance paternelle, et quand „lui-même établit le cas, le seul où le père puisse être „déchu de son autorité pour cause d'indignité, le juge „peut-il admettre d'autres causes de déchéance? Cela ne

„s'appelle-t-il pas à la lettre, faire la loi?" Maar de rechter leeft in de maatschappij, hij ziet hare nooden en gevoelt de noodzakelijkheid om de hulp, die zij moest vinden in de wet, haar door de rechtspraak te verschaffen. In Frankrijk en België geschiedt dit eer dan bij ons, maar bij ons komt het toch ook voor. Hoe 't zij, de Procureur-Generaal besluit dit gedeelte zijner beschouwingen met de verklaring, dat de jurisprudentie tegenwoordig algemeen in België de door Laurent gewraakte uitlegging der wet omhelst. Hij herinnert daarbij aan twee arresten van het Hof te Gent zelf en vermeldt verder eene lange lijst van arresten, door het Hof van Cassatie in Frankrijk en daar gevestigde rechtscollegiën, en voorts door de Hoven van Brussel en Luik en een groot aantal Belgische rechtbanken gewezen.

Doch dat hij vooral den wetgever prijst, die bij eene formeele wet de groote bezwaren, aan den tegenwoordigen toestand verbonden, zal opheffen, kan men nagaan, als men hem tegenover die groote eenstemmigheid der rechterlijke collegiën de opmerking hoort maken: „Il est indéniable „que l'état de l'ancienne jurisprudence, les travaux prépa„ratoires et l'économie générale de la loi tendent à démontrer „l'existence d'une lacune dans le Code. En principe l'autorité „judiciaire a dans certaines limites le pouvoir de la combler; „mais il faut le reconnaître, l'exercice de ce droit peut „provoquer un renversement complet des rôles, si les juges „ne se renferment pas dans une prudente réserve!"

Kan men duidelijker, als tusschen de regels door, doen gevoelen den strijd tusschen het rechtskundig geweten van den handhaver der wet en zijn met den nood der maatschappij bewogen gemoed?

In het vervolg zijner rede geeft de heer Hynderick een overzicht van de wetten, die in de onderscheidene landen van Europa in den laatsten tijd omtrent de ontzetting uit de vaderlijke macht zijn tot stand gekomen. Zoo is in Rusland en Polen, ook in Portugal, de ontzetting van de vaderlijke macht in geval van misbruik mogelijk gemaakt.

Maar deze wettelijke bepalingen werken alleen repressief. De Italiaansche wetgever ging verder. Daar kan de rechter optreden niet alleen tegen den vader die een misdrijf beging, maar ook tegen den vader die de plichten niet vervult, aan de vaderlijke macht verbonden, of onbekwaam tot die vervulling blijkt te zijn. In Zwitserland, Duitschland en Oostenrijk staan de ouders zoowel als de voogden onder rechterlijk toezicht in de uitoefening van het hun opgedragen gezag. En ook in Noorwegen en Denemarken treft men analoge instellingen aan. Evenzoo worden in Engeland met de vaderlijke macht, bij verwaarloozing in de zorg voor de kinderen, korte metten gemaakt. Zelfs het nieuwe Burg. Wetboek van Spanje kent den rechter de bevoegdheid toe, de vaderlijke macht te ontnemen aan den vader, die zijne kinderen slecht behandelt. En in Frankrijk is eindelijk de wetgever teruggekomen van zijne zorgeloosheid omtrent het lot der kinderen, voortgesproten uit een niet te rechtvaardigen eerbied voor eene ideale vaderlijke macht. Na veel en langdurig overleg kwam daar de wet van 24 Juli 1889 op de ontzetting van de vaderlijke macht tot stand.

Ik zal de rede van den Procureur-Generaal niet volgen, waar hij zich meer in het bijzonder met het thans bij de Belgische Kamers aanhangig wetsontwerp, voorzoover het de ontzetting uit de vaderlijke macht betreft, bezighoudt en, met een overzicht der daartoe betrekkelijke bepalingen, deze tevens aan eene critiek onderwerpt en ze met de wetgeving in andere landen vergelijkt.

Bij de vermelding dier wetgevingen noemt hij in de eerste plaats ons nieuwe Strafwetboek van 1881, dat evenwel, zooals wij weten, eerst in 1886 is ingevoerd. Wat de Procureur-Generaal daarvan zegt is waar, maar het is de geheele waarheid niet. Ik vond ook daarin aanleiding om de vraag te beantwoorden: Hoe staat het met de ontzetting uit de vaderlijke macht in onze wetgeving, die, zooals wij gelegenheid hadden te zien, tot aan de invoering van het

nieuwe Strafwetboek geheel op Fransche leest geschoeid, van de Fransche of Belgische nagenoeg niet verschilde.

Ontzetting van de vaderlijke macht is in ons Burgerlijk Wetboek niet bekend. De Code Pénal, waaraan wij ons tot 1886 hebben onderworpen, verbond wel de ontzetting uit de voogdij als gevolg aan eene veroordeeling tot onteerende straffen, en gaf ook den strafrechter de bevoegdheid, in bepaald aangewezen gevallen de ontzetting van de voogdij met de door hem uitgesproken veroordeeling tot straf te verbinden, maar ontzetting van de vaderlijke macht verbond de Code Pénal alleen aan eene veroordeeling van vader of moeder wegens zulk een afschuwelijk misdrijf, ten aanzien van hun kind begaan, dat men nauwelijks kan beweren dat daardoor de mogelijkheid van ontzetting uit de vaderlijke macht in beginsel was gehuldigd. Ook in de wet van 1854, *Stbl.* n°. 102, waarbij de lijst der rechten waarvan de ontzetting kon plaats hebben werd herzien, spreekt onze wetgever van de vaderlijke macht niet. Het bleef dus tot 1886 bij dat ééne misdrijf. Zoo kon men gerustelijk zeggen: Ontzetting uit de vaderlijke macht is in beginsel in onze wetgeving tot op de invoering van het nieuwe Strafwetboek uitgesloten geweest.

Met die invoering is daarentegen het beginsel van ontzetting van de vaderlijke macht, als gevolg van eene veroordeeling wegens misdrijf, ondubbelzinnig en in ruime mate gehuldigd. In art. 28 wordt onder n°. 5 de vaderlijke macht, de voogdij en de curateele over eigen kinderen opgenoemd onder de rechten, waarvan de schuldige, in de bij de wet bepaalde gevallen, bij rechterlijke uitspraak kan worden ontzet, en die gevallen zijn niet weinige. Al dadelijk vindt de bepaling hare toepassing, volgens art. 30, bij veroordeeling: 1°. van ouders of voogden die opzettelijk met een aan hun gezag onderworpen minderjarige aan eenig misdrijf deelnemen; 2°. van ouders of voogden die tegen een aan hun gezag onderworpen minderjarige eenig misdrijf plegen,

omschreven in de Titels XIII, XIV, XV, XVIII, XIX en XX van het Tweede Boek. Het was deze bepaling, waarop de heer Hynderick het oog had, toen hij, van ons Strafwetboek sprekende, zeide dat „la Hollande a admis le „principe de cette déchéance à l'égard des parents qui font „participer un de leurs enfants à un délit quelconque, ou „qui commettent à leur préjudice une infraction déterminée." Dit is volkomen waar, maar, gelijk ik straks zeide, niet de geheele waarheid, want in den aanhef van het artikel wordt nog uitdrukkelijk gezegd: „behalve in de gevallen in het Tweede Boek omschreven", en deze gevallen zijn niet weinig in getal.

Ja zelfs wordt daarbij eene tot nog toe geheel en al ongekende toepassing aan de ontzetting uit de vaderlijke macht gegeven, zoodat men zou kunnen zeggen dat zij daarin op een ander beginsel berust.

Het beginsel: „de vaderlijke macht is niet zóó van nature een recht van de ouders, dat zij hun in het geheel niet mag ontnomen worden" eens aangenomen zijnde, zoo ligt de toepassing daarvan voor de hand in de gevallen, waar een misdrijf is gepleegd, dat een misbruik van de vaderlijke macht in zich sluit. Niemand zal in deze gevallen de toepassing van het beginsel wraken, en dat misbruik zal wel omnium consensu dan aanwezig zijn, als ouders hunne kinderen aan een misdrijf door hen zelven begaan doen deelnemen, en niet minder voorzeker, wanneer zij zich aan bepaalde misdrijven tegen het kind schuldig maken, door hetzij hem in hulpbehoevenden staat te brengen of te laten, hetzij zich te vergrijpen tegen zijn burgerlijken staat, zijne eerbaarheid, zijn leven of zijne gezondheid. Te lang bleef het beginsel in dezen omvang buiten toepassing. In deze gevallen werkt evenwel de ontzetting alleen repressief: het kind is bedorven.

Maar van deze repressieve ontzetting tot hare toepassing in preventieve richting, waar misbruik *gevreesd* wordt, of de ouders onwillig of onbekwaam zijn om hunne kinderen

op te voeden, en dus de verplichtingen, welker nakoming van hen als ouders kan en mag verwacht worden, niet nakomen, is de uitbreiding van het beginsel aan de toepassing van een nieuw beginsel nagenoeg gelijk.

Dat ook daarvan de noodzakelijkheid steeds duidelijker is gebleken, getuigt zoo menige vreemde wet, welke in die richting bepalingen bevat. Maar ik vind het niet gelukkig, dat voor het eerst die toepassing van de ontzetting uit de vaderlijke macht, in preventieve richting, bij de vaststelling van het Strafwetboek heeft plaats gehad. Het onderzoek van de juistheid van *die* toepassing kon daarbij niet tot zijn recht komen. Het was in betrekking tot de bepaling der straffen en hare gevolgen een onderwerp van al te ondergeschikten aard, terwijl het in betrekking tot de opvatting van de vaderlijke macht een hoofdpunt van onderzoek verdiende uit te maken.

Van de uitbreiding der ontzetting in repressieve richting kon men volstaan met te zeggen: „De ontzetting van de vaderlijke macht is thans beperkt tot het geval van art. 335 C. Pénal. Ten onrechte, gelijk reeds werd opgemerkt in de memorie van toelichting van het Ontwerp van 1859 ad art. 21" [1]). Daarmede werd gerechtvaardigd de opneming ook van de vaderlijke macht onder de rechten, waarvan ontzetting zou kunnen plaats hebben. Verder werd ook het algemeene voorschrift van art. 30 Strafwetb., volgens hetwelk de rechter de bevoegdheid zou hebben de ontzetting van de vaderlijke macht uit te spreken, zoo dikwijls ouders met een aan hun gezag onderworpen minderjarige medewerken tot het plegen van een misdrijf, of hem in hulpbehoevenden staat brengen of laten, of wel een misdrijf plegen tegen den burgerlijken staat, de eerbaarheid, het leven of de gezondheid van den aan hun gezag onderworpen minderjarige, in de toelichting alleen als algemeen voorschrift gerechtvaardigd. Men ging kennelijk van de

[1]) Smidt, *Geschiedenis*, I bl. 324.

onderstelling uit, dat de mogelijkheid der ontzetting zelve in dergelijke gevallen van misbruik der macht nauwelijks betwistbaar geacht kon worden.

Overigens zou ten aanzien van de straf van ontzetting alleen uit het bijzonder deel van het Wetboek blijken, in welke gevallen zij kan worden toegepast. Ja, daarvan zou blijken, doch bleek ook alleen in de bijzondere strafbepalingen. Maar dat in die bijzondere gevallen ten opzichte van de ontzetting uit de vaderlijke macht in preventieve richting zou worden te werk gegaan en alzoo die belangrijke uitbreiding aan het beginsel zou worden gegeven, daarvan wordt geen woord gerept, veel min eenige rechtvaardiging gegeven. Dat in dit opzicht de vaderlijke macht en voogdij over eigen kinderen terecht niet met de voogdij over kinderen van anderen of met de curateele wordt gelijk gesteld, hetgeen daaruit blijkt dat de ontzetting van deze laatsten in veel meer gevallen kan plaats hebben, blijkt uit de bepaling zelve. Men heeft begrepen dat, al is de strekking van vaderlijke macht en van voogdij dezelfde, al is deze van beide evenzeer verzorging en bescherming der minderjarigen, de eerste toch is verbonden aan eene natuurlijke betrekking, die als zoodanig voor opheffing niet vatbaar is, al kunnen hare rechtsgevolgen worden opgeheven, terwijl voogdij en curateele eene betrekking medebrengen, die met hare rechtsgevolgen tegelijk opgeheven kan worden. Doch men heeft het niet noodig geacht, op het gemaakte onderscheid zelfs met een woord tot toelichting te wijzen, en zich derhalve ook ontslagen geacht van de verplichting om aan te toonen, waardoor in de bepaalde gevallen de ontzetting van de vaderlijke macht in preventieve richting mogelijk moest worden gemaakt. De gronden, waarop in die bepaalde gevallen de *vrees voor misbruik* uit het plegen van het misdrijf alleen in die mate wordt opgewekt, dat daarvoor moet wijken het altijd groote bezwaar, dat de opheffing der rechtsgevolgen van de betrekking tusschen ouders en kind die betrekking zelve niet kan opheffen, zijn nergens medegedeeld,

Dat van hem of haar, die zich schuldig maakt aan doodslag of moord van zijn evenmensch of aan andere daarmede in art. 299 Swb. op ééne lijn gestelde misdrijven, nauwelijks eene getrouwe verzorging hunner kinderen kan worden gewacht, ja dat er zelfs gegronde vrees kan bestaan dat zij van de vaderlijke macht eer ten verderve dan ten nutte van hunne kinderen gebruik zullen maken, valt moeilijk tegen te spreken, en dat derhalve in dergelijke gevallen den rechter de bevoegdheid moet worden gegeven om de ontzetting uit te spreken, zal niet licht betwist worden. Dat evenwel nu ook hetzelfde moet gelden bij veroordeeling wegens „aanslag ondernomen met het oogmerk om den Koning, de regeerende Koningin of den Regent van het leven of de vrijheid te berooven of tot regeeren ongeschikt te maken", wordt zeker niet voldoende gerechtvaardigd door de opmerking, dat „onder dat strafbaar feit ook doodslag en moord begrepen zijn" (art. 92 j°. art. 106 Swb. en de toelichting op dit laatste artikel [1]). En als daardoor ook moet gerechtvaardigd geacht worden de ontzetting in geval van veroordeeling wegens aanslag op het leven of de vrijheid van de niet-regeerende Koningin, van den troonopvolger of van een lid van het Kon. Huis (art. 108 j°. art. 114 Swb.) en in geval van veroordeeling wegens aanslag op het leven of de vrijheid van een regeerend vorst of ander hoofd van een bevrienden Staat (art. 115 j°. art. 120 Swb.), over welke gevallen de toelichting het stilzwijgen bewaart, dan geldt daartegen op zijn minst genomen dezelfde bedenking.

Wanneer voorts de bevoegdheid om uit de vaderlijke macht te ontzetten den rechter ook wordt gegeven bij veroordeeling wegens dubbel huwelijk (art. 237 Swb.), dan kan daarbij eene zoodanige verwaarloozing van de vaderlijke macht aan het licht komen, dat de ontzetting repressief werkt en dus weinig bezwaar maakt. Of in geval van ver-

---

[1]) Smidt, t. a. p., II bl. 36.

oordeeling wegens overspel, verkrachting en andere misdrijven (artt. 241—250 Swb.) tegen de openbare zeden, de bevoegdheid tot ontzetting van de vaderlijke macht uit zich zelve gerechtvaardigd is, schijnt twijfelachtig. Dat de daaromtrent in art. 251 voorkomende bepaling gerechtvaardigd zou worden door de opmerking in de Toelichting, dat zij strekt tot aanvulling van art. 30 n°. 2 [1]), zal niemand beweren.

Mochten deze mijne bezwaren tegen de bepalingen van ons Wetboek van Strafrecht gegrond zijn, het zouden toch meer theoretische dan practische bezwaren wezen, dewijl de toepassing van de ontzetting uit de vaderlijke macht, evenals die van andere rechten, in ieder bijzonder geval aan het oordeel des rechters is overgelaten. Of en voor welken tijd die ontzetting zal worden uitgesproken, bepaalt de rechter naar de bijzondere omstandigheden, waaronder het misdrijf werd gepleegd. Hij is tot die toepassing bevoegd, niet verplicht.

Hij bepaalt niet alleen òf, maar ook voor welken tijd.

Levert evenwel die tijdelijkheid van de ontzetting uit de vaderlijke macht niet een grooter en ook practisch bezwaar op, ja wordt zij daardoor als straf niet zoo goed als onbruikbaar? Is zij als zoodanig niet ondeugdelijk te achten, als met de natuur der vaderlijke macht in strijd? Deze vragen wensch ik ten slotte nog te beantwoorden.

De wetgever heeft de gevolgen, welke deze nieuwe bepaling omtrent de ontzetting van de vaderlijke macht in het Strafwetboek op de voorschriften van het Burg. Wetboek kan hebben, niet geheel voorbijgezien. Hij heeft daar voorgeschreven dat, wanneer beide ouders van de vaderlijke macht worden ontzet, door den kantonrechter een voogd over de kinderen benoemd wordt [2]). Voor het geval, dat de moeder ontzet wordt, was geene bijzondere voorziening

---

[1]) Smidt, t. a. p., II bl. 333.

[2]) Art. 5 der wet van 26 April 1884, *Stbl.* n°. 93.

noodig, dewijl toch de vaderlijke macht door den vader wordt uitgeoefend. Maar als de ontzette moeder, bij ontstentenis van den vader, die macht uitoefende? Daarin is niet voorzien. De kantonrechter kan zich dan wel bevoegd achten tot benoeming van een voogd, wanneer hij dit geval met dat van eene ontzetting van beide ouders gelijk wil stellen; maar hoevele kantonrechters zullen van oordeel zijn, dat die gelijkstelling is buiten de wet? Als de vader wordt ontzet, gaat de uitoefening op de moeder over, maar in het geval van ontstentenis der moeder, terwijl zij nog in leven is, is weder niet voorzien.

Maar nu het *tijdelijke* van de ontzetting. Wordt zij door den rechter uitgesproken, dan bepaalt de rechter den duur als volgt: „bij veroordeeling tot levenslange gevangenisstraf, „voor het leven; bij veroordeeling tot tijdelijke gevange„nisstraf of tot hechtenis, voor een tijd den duur der „hoofdstraf ten minste twee en ten hoogste vijf jaren te „boven gaande; enz." (art. 31). De vader, die van de vaderlijke macht werd ontzet, zal, na afloop van de gevangenisstraf, in het huisgezin terugkeeren en nog gedurende ten minste twee jaren de uitoefening aan de moeder moeten overlaten. Elke uitoefening, die hij zich dan zal willen veroorloven, elke kastijding die hij aan een kind zou willen toedienen, kan door het kind, gesteund door het gezag der wet, beantwoord worden met een: „blijf van mij af, „gij hebt niets over mij te zeggen, want gij hebt ge„zeten!" .... Is daarmede de instelling der vaderlijke macht zelve niet in hare grondslagen aangetast, ja vernietigd? [1]). Dat voortduren van de ontzetting, na afloop van de hoofdstraf, kan uitnemend werken, ja zelfs noodzakelijk zijn, waar het geldt ontzetting van andere rechten: van het recht om ambten te bekleeden, om bij de gewapende macht te dienen, om te kiezen of gekozen te worden, om

[1]) Zie hierover ook de opmerking van mijn hooggeachten opvolger, Mr. C. Asser, in zijne Rede: *Wetenschap en Wetgeving*, bl. 20.

bepaalde beroepen uit te oefenen, ja zelfs om voogd te zijn, maar bij ontzetting uit de vaderlijke macht is het onhoudbaar.

Maar ik ga verder: de tijdelijkheid zelve der ontzetting van rechten, die een gevolg is van het karakter dezer straf, maakt dat de ontzetting uit de vaderlijke macht als straf onbruikbaar is.

Bij de verdediging van de afschaffing der *onteerende* straffen werd in de Memorie van Toelichting terecht opgemerkt, dat het beginsel: „het misdrijf, niet de straf onteert", in de nieuwere wetgevingen als de Belgische en de Duitsche wel was aangenomen, en daarom de onteerende straffen waren afgeschaft, maar dat men daaraan in de toepassing niet getrouw was gebleven. „Wil men geen onteerende straffen", dus de Mem. v. Toelichting [1]), „het is dan niet genoeg alleen den „naam af te schaffen en de zaak te behouden. De straf *is* ont„eerend, wanneer *daaraan* van rechtswege en voortdurend „eene zekere *capitis diminutio*, de ontzegging van de uitoefe„ning van hoogst belangrijke rechten en bevoegdheden, „wordt verbonden. Niet van de straf, maar van het mis„drijf moet die ontzegging afhankelijk zijn, voortdurend „kan zij slechts zijn waar ook de hoofdstraf voor het leven „wordt opgelegd".

Alles volkomen juist! Maar dan moet ook alleen ontzetting worden toegelaten van zoodanige rechten, welker aard eene *tijdelijke* ontzetting toelaat. En dit is met de vaderlijke macht het geval niet. Ook hierin verschilt zij van de voogdij. Bij voogdij kan eene ontzetting plaats hebben van het recht om voogd te worden, de vaderlijke macht kan alleen ontnomen worden aan hem die haar heeft. In de belangrijkste gevallen, bij misdrijven waaraan de ouders kinderen deden deelnemen, bij misdrijven tegen het kind begaan, is zelfs niet anders mogelijk dan ontnemen van de macht die de dader *heeft*; in andere gevallen zou men zich wel kunnen

---

[1]) Smidt, t. a. p., 1 bl. 145, 146.

voorstellen eene ontzetting uit het recht om de vaderlijke macht te bekomen, maar daaraan heeft de wetgever niet gedacht, en geen verstandig rechter zal, dunkt mij, op de gedachte komen, de ontzetting van de vaderlijke macht uit te spreken, voor het geval dat de veroordeelde vader mocht worden! [1]). De ontzetting uit de vaderlijke macht heeft dus dit bijzondere, dat zij *nooit* uitgesproken kan worden, zonder dat inbreuk wordt gemaakt op eene burgerlijke betrekking, bestaande tusschen den veroordeelde en een ander persoon, het kind; daar moet dus, maakt men haar tot eene straf, op de gevolgen met opzicht tot die betrekking gelet worden. In welke verhouding nu zal de vader geplaatst worden tot het kind, over wien hij *tijdelijk* zijne macht wegens gepleegd misdrijf verloor? Is er bij eene wederopvatting van die taak na de tijdelijke ontzetting eenige kans op de gevolgen, welke men aan de uitoefening van de vaderlijke macht ten opzichte van het kind verbindt? Neen, de tijdelijkheid van deze straf, welke zij als straf vordert, verbiedt hare toepassing op de ontzetting van een recht als de vaderlijke macht. En dat tijdelijk karakter had ook moeten medebrengen, dit merk ik in 't voorbijgaan op, dat ontzetting uit eene reeds gevoerd wordende voogdij niet meer als straf kon worden uitgesproken.

Maar er is meer. In de onderscheidene gevallen, waarin de ontzetting van de vaderlijke macht wordt uitgesproken, geschiedt dit, omdat uit het misdrijf zelf het misbruik dat van de macht gemaakt werd blijkt, of gegronde vrees daarvoor bestaat. Zal nu het kind met die tijdelijke ontzetting geholpen zijn? Zal dat door den vader reeds bedorven kind,

[1]) Het komt mij voor, dat de wet zelve deze laatste gedachte uitsluit, wanneer wij lezen in art. 28: „De rechten waarvan de schuldige, in de bij de wet bepaalde gevallen, bij rechterlijke uitspraak kan worden ontzet, zijn: 4°.... *het zijn van* voogd, toeziende voogd, curator of toeziende curator over anderen dan eigen kinderen; 5°. *de* vaderlijke macht, *de* voogdij en *de* curateele over eigen kinderen."

dat men aan hem onttrekt om het voor geheel bederf te bewaren, na de tijdelijke ontzetting bij dien vader veilig zijn? Is 't niet veeleer te vreezen dat, waar de straf in rechtskundigen zin voor den vader ophoudt, de straf in zedelijken zin voor het kind zal beginnen? Valt men niet in gelijke fout, als waarin de Fransche wetgever verviel, die den ouders, bij veroordeeling wegens misdrijf tegen de eerbaarheid van hun kind, alleen de vaderlijke macht over *dat* kind ontnam en die over de anderen liet behouden [1])? Als men een Strafwetboek maakt ter vervanging van een verouderd wetboek, waarin slechts in één, hoogst afschuwelijk, geval de ontzetting uit de vaderlijke macht was toegelaten, dan komt men noodzakelijk tot de gevolgtrekking: zoo in dat ééne, dan is het niet minder noodig in vele andere gevallen. Die straf er eens zijnde, staat de noodzakelijkheid harer uitbreiding zóó vast, dat men lichtelijk uit het oog verliest of zij, bij wijziging in het karakter der categorie van straffen, waartoe zij gebracht is, aan de deugdelijkheid eener straf nog beantwoordt, en of men ook op een ander verwant rechtsgebied de orde verstoort.

Waar zóódanig misbruik van de vaderlijke macht wordt gemaakt of zóó gegronde vrees voor misbruik bestaat, dat die macht aan de ouders moet ontnomen worden, daar eischt *het belang van het kind*, dat de ontzetting voor den geheelen tijd der minderjarigheid worde uitgesproken. Kan zij dan tevens dienen tot straf, bij veroordeeling wegens misdrijf, men make haar tot eene straf, maar is dat karakter

---

[1]) Opmerking verdient, dat zelfs in den Code Pénal, als gevolg van veroordeeling wegens het misdrijf van art. 334, blijkens art. 335 de uitsluiting van voogdij en curateele en van deelneming aan den familieraad gedurende 2—5 jaren en, voor 't geval dat het door ouders of voogden op hun kind was gepleegd, van 10—20 jaren moest worden uitgesproken, maar dat de rechten en voordeelen, aan de vaderlijke macht verbonden, aan de ouders zonder tijdsbepaling, dus voor altijd, werden ontnomen.

van straf een beletsel, dat behoorlijk gewaakt worde voor het kind, men late die ontzetting als straf varen en geve aan den burgerlijken rechter de bevoegdheid om, ook in geval van veroordeeling wegens misdrijf, de ontzetting, en dan natuurlijk, in overeenstemming met het doel der ontzetting, voor den ganschen duur der minderjarigheid, uit te spreken.

Het lijdt geen twijfel, of die bevoegdheid kan aan den burgerlijken rechter worden toegekend. In de toelichting van het tegenwoordige art. 30 Swb. werd gezegd: „De „strafwet heeft zich alleen bezig te houden met de vraag, „welke misdrijven van dien aard zijn, dat daaraan als straf „behoort te kunnen worden verbonden de ontzetting van „bepaalde rechten of bevoegdheden. Dit belet niet, dat de „wetten, die de uitoefening van die rechten of bevoegdheden „regelen, de bekwaamheid om ze uit te oefenen, ook in „andere dan de in het Strafwetboek voorziene gevallen, „ontzeggen aan hen die wegens misdrijf of overtreding „zijn veroordeeld. Die onbekwaamheid is dan in rechts„kundigen zin geene straf, maar de wet spreekt haar in die „gevallen alleen uit op grond, dat het algemeen belang de „uitoefening van een zeker recht of van eene zekere be„voegdheid door hem die reeds door den strafrechter ver„oordeeld *is*, niet toelaat [1])." Zou alzoo, naar dit gevoelen, in de burgerlijke wet, welke de uitoefening der vaderlijke macht regelt, hare ontzetting kunnen worden uitgesproken wegens veroordeeling tot straf, zelfs buiten de in het Strafwetboek voorziene gevallen, wat mij aan twijfel onderhevig schijnt, a fortiori is de burgerlijke wetgever te dien aanzien geheel vrij, als het Strafwetboek de ontzetting in het geheel niet onder de straffen mocht hebben opgenomen.

Ons Burgerlijk Wetboek zwijgt thans over de ontzetting van de vaderlijke macht geheel. Ook heeft de jurisprudentie bij ons niet voorzien in wat in Frankrijk en in België als

---

[1]) Smidt, t. a. p., I bl. 323.

eene door den rechter aan te vullen leemte in de burgerlijke wet wordt beschouwd. Slechts langs een omweg heeft de jurisprudentie bij ons de mogelijkheid aangenomen om den langstlevende der ouders, die als zoodanig met de voogdij is belast, als ieder ander voogd uit de voogdij te ontzetten, en hem daarmede niet alleen het bestuur der aan den minderjarige toekomende goederen, maar ook de rechten, welke uit de vaderlijke macht ten opzichte van den persoon des kinds voortvloeien, te ontnemen. De jurisprudentie gaat daarmede evenwel niet buiten de wet, tenzij men beweert, wat mijn gevoelen is, dat de wet daarmede niet juist wordt geïnterpreteerd [1]).

---

[1]) Ik geloof nog altijd aan de juistheid van de uitlegging onzer wet op dit punt, welke ik aangaf in eene Aanteekening op een arrest van den Hoogen Raad van 24 April 1874, achter dit arrest geplaatst in het *Rechtsg. Bijblad*, 1874, bl. 314—319. Ik zou er nog dit willen bijvoegen, dat het daar door mij verdedigde gevoelen geheel overeenkomt met de vrij wel eenstemmige leer der Fransche schrijvers, met name: Demolombe, VI n°. 374; Marcadé, op artt. 387 en 450; Laurent, IV nrs. 263 vlg., 291 vlg.; Baudry de la Cantinerie, *Précis de droit civil*, I n°. 956. Alleen kwam de door mij verdedigde verhouding tusschen vaderlijke macht en voogdij in den Code civil duidelijker uit, dat nl. nà het overlijden van een van beide ouders de vaderlijke macht alleen wat het bestuur der goederen betreft in voogdij overging, doordien over dat bestuur *alleen* in den titel van voogdij (art. 389 C. c.) gehandeld werd. Zeker waren die bepalingen systematisch min juist geplaatst, maar hare overbrenging naar den titel over de vaderlijke macht kon hare beteekenis niet veranderen. Ik kan daarom ook niet toegeven, dat de historische wording onzer rechtsinstellingen tot eene andere uitlegging der wet, nu deze dubbelzinnig is, moet leiden, zooals mijn vriend Fockema Andreae beweert in *De stad Vollenhoven en haar recht*, I bl. 150 en 151 in de noot. Over onze vroegere rechtsinstellingen en hare wording zal ik mij niet met hem in den strijd wagen; maar kan die invloed hier gelden, als men bedenkt, wat de Code civ. bepaalde en wat in het Wetb. Nap. v. Holland, artt. 285, 288, en in het Ontw. 1820, art. 511, zoo boven twijfel gesteld werd? Hoe hoog ik de studie van ons oud-Vaderlandsche recht achte, en hoe veel eerbied ik hebbe voor de onderzoekingen ook van onze rechtsgeschiedkundigen op dat gebied, ik meen dat wij, na de ondervinding die wij van het zwak der

Het spreekt van zelf, dat de Staatscommissie tot herziening van het Burgerlijk Wetboek de leemte, die er op dit punt in dat Wetboek bestaat, niet onaangevuld liet. Art. 344 van het Ontwerp bepaalt: „Door den burgerlijken „rechter kan ontzetting uit het ouderlijk gezag worden uit„gesproken wegens: 1°. bekend slecht levensgedrag; 2°. „verregaande verwaarloozing van de verplichting tot onder„houd en opvoeding; 3°. het uit winstbejag noodzaken van „het kind tot overmatigen arbeid." En in de toelichting daarvan wordt het volgende gezegd, dat ik, in aansluiting aan hetgeen ik straks opmerkte, mededeel: „Dat de straf„rechter in de gevallen bij het Wetboek van Strafrecht „omschreven de ontzetting uit het ouderlijk gezag kan „uitspreken, wordt in dat Wetboek bepaald; het was on„noodig dit hier te herhalen. Maar daarnaast kunnen zich „gevallen voordoen van ergerlijke misdraging, verregaande „miskenning der ouderlijke plichten of misbruik van het „daaruit voortvloeiend gezag, van dien aard dat in het „belang der kinderen ontneming van het ouderlijk gezag „onvermijdelijk schijnt. Hierin ligt geene uitbreiding der „eenmaal aangenomen strafbepaling; omdat de burgerlijke „wet niet met bedoeling om te straffen, maar op gronden „van onwaardigheid eene door haar met burgerrechtelijke „gevolgen gegeven bevoegdheid, die zelve veel meer plicht dan „recht is, ontneemt. Thans bestaat eene dergelijke bevoegd„heid niet, maar wordt voor een gedeelte vervangen door „de mogelijkheid, in art. 437 B. W. gegeven, om in de „daar omschreven gevallen den langstlevende der ouders „de voogdij te ontnemen. De nieuwe regeling verdient in „zooverre de voorkeur, dat zij niet alleen het kind reeds „bij het leven van beide ouders beschermt, maar bovendien „die bescherming uitstrekt tot alle slechte bejegeningen, „waaronder zijne lichamelijke, zedelijke en geestelijke ont-

---

Romanisten hebben opgedaan, ook op een mogelijk zwak der Germanisten bedacht moeten wezen.

„wikkeling schade kan lijden." De Staatscommissie voor het Burgerl. Wetb. liet wat in het Wetb. v. Strafr. bepaald was, ongerept, maar opmerking verdient, dat zij er zelfs niet aan gedacht schijnt te hebben, de ontzetting slechts voor een tijd te doen uitspreken. Duidelijk blijkt ook hieruit, dat die tijdelijkheid alleen het gevolg daarvan is, dat de ontzetting uit de vaderlijke macht onder de *straffen* is opgenomen en daarom alleen een *tijdelijk* karakter moest hebben.

Wanneer men nog daarbij voegt eene in art. 330 van het Ontwerp B. W. voorkomende bepaling, dat verlies van het ouderlijk gezag niet ontheft van de verplichting om tot de kosten van onderhoud en opvoeding bij te dragen, een punt waarover bij de beraadslagingen over het Strafwetboek is getwist en dat de Strafwetgever had kunnen beslissen door, op het voorbeeld van den Code Pénal, niet van ontzetting uit de vaderlijke macht, maar van de rechten ten aanzien van den persoon en de goederen uit de vaderlijke macht voortvloeiende [1]) te spreken, dan hebben wij èn in het Ontwerp èn in het Strafwetboek de hoofdelementen van eene zeer gewenschte regeling van de ontzetting uit de vaderlijke macht, waarvan in andere landen zooveel werk is of nog wordt gemaakt. Bij eene afzonderlijke regeling van dit onderwerp zou tevens de hoogst gewichtige vraag in overweging moeten worden genomen, op welke wijze de Staat heeft te voorzien in het lot der kinderen, aan welke hij de ouderlijke macht ontneemt? De eenvoudige benoeming van een voogd zal in de meeste gevallen wel

[1]) Dan had men ook bij de vaststelling van het Strafwetboek niet behoeven te vragen: „Moet niet ook, evenals in art. 335 van den Code Pénal, de vader of moeder van het vruchtgenot van de goederen hunner kinderen ontzet kunnen worden?" — op welke vraag de Minister, dunkt mij, duidelijker had kunnen antwoorden dan door te zeggen: „dergelijke bepaling behoort te huis in het B. W., evenals bijv. de bepaling dat hij die den erflater heeft omgebracht, van hem niet erven mag" (Smidt, I bl. 324). Waartoe zoo ontwijkend, als een positief antwoord zoo gemakkelijk te geven was?

geheel ontoereikend zijn, als men inderdaad het welzijn der kinderen wil bevorderen.

Wanneer dan de ontzetting uit de vaderlijke macht als straf uit het Wetb. v. Strafr. verdween, dan zou dat Wetboek toch dezen dienst hebben bewezen, dat bij gelegenheid van eene afzonderlijke regeling van het onderwerp niet meer kon worden beweerd, dat ontzetting uit de vaderlijke macht met een vermeend natuurrecht in strijd zou zijn, daar het tegenovergestelde beginsel bij de vaststelling van het Strafwetboek, èn met repressieve èn met preventieve toepassing, zonder de minste tegenspraak werd aangenomen. Tegenover die bepalingen ware het onmogelijk te beweren, dat de vaderlijke macht een onverliesbaar *recht* der ouders zoude zijn, of te ontkennen dat zij, als plicht der ouders, niet alleen in het belang van het kind, maar ook van Staat en Maatschappij was erkend. Die erkenning ligt toch ook aan onze wetgeving ten grondslag, doch is tot dusver meer in beginsel aangenomen, dan in hare noodzakelijke gevolgen ontwikkeld. Ook hier moet het eindelijk niet blijven bij woorden, maar moeten deze door de daad worden opgevolgd.

Men zoude dan ook niet kunnen beweren dat, met eene uitbreiding der gevallen van ontzetting buiten veroordeeling tot straf, eene uitbreiding aan de eenmaal aangenomen strafbepaling werd gegeven, eene bewering, die wel in de toelichting van art. 344 Ontw. B. W. kort en bondig is weerlegd, maar die toch, met opzicht tot het Kiesrecht, bij de vaststelling van art. 80 der Grondwet een geheel onverdiend succès heeft gehad [1]).

Zeker zou men, bij een voorstel van wet over de ontzetting uit de vaderlijke macht, hoe uitnemend geschikt het onderwerp voor afzonderlijke regeling moge wezen, en hoe wenschelijk het ware op die wijze te komen tot de aanvulling van eene erkende leemte in de wetgeving, toch nog weder

[1]) Verg. mijne opmerking over de artt. 80 en 84 der Grondwet in *Bijdragen tot de kennis van het Staatsbestuur*, 3de Reeks, I bl. 426.

de altijd opnieuw terugkomende bestrijding der partiëele herziening van de wetboeken hebben te weerleggen. Maar de macht dier bestrijding, die zelfs in het absolute stelsel van codificatie van het burgerlijk recht, door de Grondwet van 1815 gehuldigd, alleen een schijnbaren, geen wezenlijken steun vond, moet nu eindelijk wel bezwijken, nu de Grondwet de toepassing van het stelsel van codificatie aan de wetgevende macht overlaat, door haar de bevoegdheid toe te kennen om, met afwijking van het stelsel, enkele onderwerpen zelfs in afzonderlijke wetten te regelen.

RECHTSBEVOEGDHEID DER KERKEN,

DOOR

Jhr. Mr. A. F. DE SAVORNIN LOHMAN.

Herhaaldelijk is de vraag gedaan, of de „Gereformeerde Kerken" rechtsbevoegdheid bezitten. Velen meenen, dat die Kerken zijn vereenigingen in den zin van de wet van 22 April 1855 (*Stbl.* n°. 32); dat zij na de invoering van die wet zijn ontstaan, en mitsdien, willen zij als rechtspersonen optreden, bij Koninklijk Besluit moeten worden erkend. Die Kerken zelve daarentegen beweren, dat zij iets anders zijn dan bedoelde vereenigingen; dat zij anterieur zijn aan de invoering van genoemde wet, en dat zij precies dezelfde rechten genieten als alle andere hier te lande bestaande Christelijke Kerken.

Ten vorigen jare heeft zich over die quaestie herhaaldelijk een debat ontsponnen in de Tweede Kamer, tusschen den Minister van Justitie Smidt en de Kamerleden Noordtzij, Keuchenius en van der Kaay [1]).

Daar het mij uit de antwoorden van den Minister van Justitie voorkwam, dat deze bewindsman zich geene juiste voorstelling maakte van hetgeen aan de zijde der Gereformeerde Kerken werd beweerd, en ik vreesde dat de gevoerde discussiën nog niet het noodige licht hadden aangebracht, veroorloofde ik mij — na mij vooraf verzekerd te hebben, dat zulks den Minister niet onaangenaam zou zijn — op het einde van het vorige jaar aan Z. E. eene nota te doen toekomen, waarin ik het standpunt der Gerefor-

---

[1]) *Handel. 2e Kamer*, 1891/2, bl. 195, 240, 261, 341, 354, 357, 363, 369, 370,

meerde Kerken uiteenzette en op rechtsgronden verdedigde, waartegen, gelijk mij uit eene later daarover gehouden conferentie bleek, de Minister geene bezwaren scheen te hebben.

Het kan wellicht eenig nut hebben, die nota te publiceeren, ten einde nadere bestudeering van deze voor velen zeer gewichtige rechtsquaestie uit te lokken.

Alvorens haar, hieronder, mede te deelen, veroorloof ik mij die feiten te vermelden, welke tot recht verstand der zaak noodig zijn te weten.

Gedurende de Republiek waren de Gereformeerde Kerken in zeker kerkverband, dat beheerscht werd door de regelen, laatstelijk te Dordrecht vastgesteld (1618/19). Het eigenaardige van dit verband bestond vooral hierin, dat de Kerken, hoewel verbonden, toch zelfstandig bleven en geen permanent bestuur boven zich erkenden. Zij vergaderden in Classen en Synoden, waarin de gedelegeerden namens hunne Kerken besluiten namen. Aan deze besluiten waren dan de Kerken, die het recht van afvaardiging hadden, gebonden. Na de Dordsche Synode kwam geene Algemeene Synode meer bijeen; wel provinciale Synoden, waarin dan telkens voor elke provincie afzonderlijk de noodige aanvullingen werden vastgesteld. Als algemeene regel evenwel bleef de Dordsche Kerkenordening gelden.

Daar de Overheid destijds alleen de Gereformeerde Kerk als de Christelijke beschouwde, en aan geene andere Kerken tractementen enz. uitbetaalde dan aan die welke in het kerkverband waren, heeft sedert de Dordsche Synode het verband dier Kerken onverbroken voortgeduurd.

Dit bleef ook zoo, nadat de Gereformeerde Kerk ophield de publieke Kerk te zijn.

In 1816 echter veranderde de toestand geheel. Op eigen gezag stelde Koning Willem I een Statuut voor de Gereformeerde Kerken vast, waaraan alle Kerken zich, wilden zij haar recht op tractementen als anderszins doen gelden,

hadden te onderwerpen. Het eigenaardige van dit Statuut was, dat voortaan de Kerken zouden worden geregeerd door een algemeen bestuur, hetwelk de hoogste wetgevende, rechtsprekende en besturende macht had; de Kerken vergaderden niet meer als zelfstandige corporaties, maar als deelen van een algemeen kerkgenootschap. Later heeft wel de Koning zijne bemoeiing met de Kerk van lieverlede ingetrokken, maar ook het tegenwoordig Algemeen Bestuur is nog altijd de regelmatige voortzetting van het bestuur, geschapen krachtens het Algemeen Reglement van Willem I.

Toen nu in 1886 de Kerkeraad van Amsterdam geweigerd had eenige jongelieden toe te laten tot het Avondmaal, op grond dat zij de grondwaarheden door de oude Gereformeerde Kerken beleden openlijk verwierpen, en toen kort daarna 80 zijner leden geschorst werden op grond dat deze weigerden een, naar het oordeel der hoogere besturen op verkeerde beginselen berustend, Reglement ter zijde te stellen, heeft de Kerkeraad zich aan die kerkelijke maatregelen onderworpen, maar al spoedig daarna in vereeniging met andere Kerkeraden besloten, de Kerkorde door Willem I aan de Kerken opgelegd te verwerpen, en weer te gaan leven onder de nimmer wettig afgeschafte Dordsche Kerkenordening. De Kerkeraden beweerden, dat sedert de Reformatie de Kerken zelfstandige en autonome corporatiën waren, waarvan zij het hoofd waren, en die door hen overeenkomstig Gods Woord moesten worden geregeerd. Zij hadden het recht zich los te maken van een kerkverband, hetwelk niet in overeenstemming was met dat, hetwelk in de 16e eeuw was gelegd. Zij bleven dus wat zij altijd geweest waren, doch verwierpen slechts een aan de Kerken opgedrongen gezag. Zij beweerden hetzelfde te doen wat de Reformatie tegenover den Paus had gedaan, en beschouwden zich, evenals tijdens het breken met de pauselijke hierarchie, als de voortzetting van de oude Christelijke Kerk.

Wanneer in eene gemeente slechts een deel van den Kerkeraad meeging, en de meerderheid zich bleef houden

aan het Algemeen Reglement der Nederl. Herv. Kerk, dan deed de minderheid van den Kerkeraad — of, als ook deze ontbrak, eenige leden der gemeente — wat „het ambt der geloovigen is"; d. w. z. zij verwierpen het Koninklijk-genootschappelijk Reglement, stelden zich onder de Dordsche Kerkenordening, en voegden zich, als gevolg daarvan, bij de Zusterkerken om met deze een geheel te vormen, altijd behoudens eigen zelfstandigheid.

Elke Kerk, vertegenwoordigd door haren Kerkeraad, door een deel daarvan, of door „de geloovige leden", gaf van hare handeling uitdrukkelijk en duidelijk aan den Koning kennis, ter voldoening aan art. 1 van de Wet op de Kerkgenootschappen (10 Sept. 1853 *Stbl.* n°. 102).

Hoewel dus deze Kerken, van den aanvang van haar zelfstandig optreden af, handelden in overeenstemming met de Wet op de Kerkgenootschappen, werden zij toch door de Hooge Regeering en door de gemeentebesturen als niet bestaande beschouwd; althans vermeed men steeds eenig schrijven te richten tot die Kerken of de daarover gestelde Kerkeraden. De Kerken achtten het daarom voorzichtiger, haar goed te stellen op naam eener daartoe expresselijk gevormde Vereeniging (Kerkelijke Kas).

Zij deden dit op de volgende wijze.

Eenige personen zonden Statuten ter goedkeuring op aan den Koning. In die Statuten stond, dat leden kunnen zijn allen, die aan het bestuur, *volgens regelen bij huishoudelijk reglement vast te stellen*, bewijzen, tot het in art. 1 genoemde doel (bevordering door stoffelijke hulp enz. van de belangen der Nederduitsche Gereformeerden te ...) te willen medewerken. En in bedoeld „huishoudelijk reglement" stond: „de in de Statuten bedoelde stoffelijke hulp komt ten goede aan alle Nederduitsche Gereformeerden te ..., *die als zoodanig, onder het bestuur van den Kerkeraad der Nederduitsche Gereformeerde Kerk aldaar, in gemeentelijk verband leven naar de Dordsche Kerkenordening van 1619*". Verder werd in het huishoudelijk reglement bepaald, dat

eene lijst moest worden aangelegd van allen die *„in het lidmatenboek van die Kerk"* zijn ingeschreven; dat als „lid der vereeniging" (de Kerkelijke Kas) werd erkend ieder, die op eenigerlei wijze zijne begeerte daartoe te kennen had gegeven, mits voorkomende op evenbedoelde lijst van lidmaten der Kerk, terwijl ieder, die „volgens bericht van den Kerkeraad der bedoelde Kerk geen lid meer is van die Kerk", ook eo ipso ophield lid van de Vereeniging te zijn.

Eenvoudiger ware het geweest, deze bepalingen in de Statuten zelve op te nemen; maar de Regeering was destijds zoo bevreesd op eenigerlei wijze de zoogenaamde „doleerende Kerken" te erkennen, dat zij zelfs bezwaar maakte om de Statuten goed te keuren, wanneer „als doel van de Vereeniging" werd aangegeven: de bevordering van de belangen „der Nederduitsche Gereformeerde Kerk te Amsterdam". Reeds in die woorden lag, volgens de ambtenaren van het Departement, eene „erkenning" opgesloten. Te vergeefs werd daarop geantwoord dat, zoo als doel ware aangegeven te voorzien in de belangen van de zielen der Hottentotten, daaruit immers niet kon worden afgeleid, dat het bestaan van Hottentotsche zielen van Regeeringswege erkend werd, veel min, dat nu voortaan die zielen rechtspersoonlijkheid hadden verkregen. Het woord „Gereformeerde Kerk" mocht nu eenmaal in de Statuten niet voorkomen!

Aldus stonden de zaken tot in 1892. De Kerken en hare besturen vergaderden geregeld, deden alles wat alle andere Kerken doen, maar lieten in geldzaken de besturen der Kerkelijke Kassen voor zich optreden. Deze waren in werkelijkheid lasthebbers van de Kerken; indien zij, in strijd met hunne roeping, mochten beproeven zich te bemoeien met zaken van geestelijken aard, of, misbruik makende van het hun toevertrouwde beheer, de Kerk in zekere richting wilden drijven, konden zij onder censuur worden gesteld, waardoor zij onmiddellijk ophielden bestuursleden en

zelfs leden der Vereeniging te zijn. Van lieverlede werden de autoriteiten minder bevreesd, de Gereformeerde Kerken in doleantie als Kerken te erkennen; wel verzonden zij vaak hare brieven aan verkeerde adressen, b. v. aan „de zich noemende doleerende Kerk", of „aan het bestuur van de Kerkelijke Kas", in plaats van aan de Diaconie; maar dan ontvingen zij natuurlijk niet het antwoord dat zij verlangden; en, daar zij gewoonlijk bij zulk een antwoord belang hadden, zagen zij zich genoodzaakt de juiste titulatuur te bezigen.

Naast deze Kerken leefden ook nog, gelijk bekend is, een aantal andere Kerken onder dezelfde Kerkenordening en dezelfde belijdenis. In 1834 en volgende jaren nl. hadden tal van gemeenteleden der oude Gereformeerde Kerk, destijds genaamd het Nederlandsch-Hervormd Kerkgenootschap, zich aan dit genootschap onttrokken, en zich weder gesteld onder de nimmer wettig afgeschafte Dordsche Kerkenordening. Ook zij bleven zich zelven steeds beschouwen als de voortzetting van de oude Gereformeerde Kerken. Hun werd evenwel destijds het optreden als Kerk van Overheidswege zeer bemoeilijkt, zoodat zij, daar zij het hulpmiddel der Kerkelijke Kassen niet kenden, zich eindelijk genoodzaakt zagen, uitdrukkelijk de erkenning van de Regeering te vragen. Maar, omdat ook zij toch eigenlijk niet het Reglement, maar wel de oude Kerkenordening als bindenden regel voor hunne Kerken beschouwden, namen zij deze Kerkenordening uitdrukkelijk in hun Reglement over. Intusschen lag daarin iets tegenstrijdigs; want de Dordsche Kerkenordening berust op het beginsel van de zelfstandigheid der individueele Kerken, terwijl de erkenning van het Reglement door de Regeering een genootschap in het leven riep, dat permanent door een bestuur werd vertegenwoordigd. Ontstond er eene nieuwe gemeente, dan werd hiervan kennis gegeven aan de Regeering, niet door die gemeente of Kerk, maar, alsof die Kerk eene afdeeling ware van het geheel, van wege het Bestuur der Christelijke Gereformeerde Kerk.

Het sprak van zelf, dat er geene geldige reden bestond, waarom Kerken, die onder eene zelfde geloofsbelijdenis en eene zelfde Kerkenordening wenschten te leven, gescheiden zouden blijven. Maar aan die Vereeniging stond het Reglement der Christelijke Gereformeerden in den weg. De sinds 1886 wederom zelfstandig geworden Kerken, „de Kerken in doleantie", wilden op geenerlei wijze onder dat Reglement leven.

Na langdurige onderhandelingen heeft de Synode van de Christelijke Gereformeerde Kerk besloten aan de Regeering mede te deelen, dat zij, *met eenparige en volledige toestemming der gemeenten*, haar Reglement alzoo gewijzigd had, dat de in dat Reglement zelf (artt. 1 en 3) genoemde Kerkenordening van Dordrecht 1618/19 de plaats daarvan innemen en den dienst daarvan vervullen zou, zoodat alle artikelen daarvan vervallen en voortaan alleen van kracht blijft de zooeven bedoelde Kerkenordening; terwijl voortaan elke Synodale Vergadering der Christelijke Gereformeerde Kerk aan de Regeering zal kennis geven van de Deputatie door haar benoemd, om in den tijd die verloopt tusschen de driejaarlijksche Synodale Vergaderingen met de Overheid te correspondeeren.

De Minister van Justitie berichtte de ontvangst van dit schrijven, zonder eenige op- of aanmerking.

Intusschen hadden de Kerken niet stil gezeten. Toen in 1892 zoowel de groep der „Gereformeerde Kerken in doleantie" als die der „Christelijke-Gereformeerde" Kerken in Synoden te Amsterdam waren vereenigd, werd wederzijds besloten, dat beide groepen voortaan zouden leven in éénzelfde Kerkverband, en dat dien ten gevolge ook de beide Synoden zouden overgaan in eene vereenigde Synode, die den naam voert van: „de Generale Synode van de Gereformeerde Kerken in Nederland". Deze Generale Synode besloot vervolgens, dat van al de door haar vertegenwoordigde Kerken eene lijst zou worden gemaakt, en dat deze Kerken voortaan, met weglating van alle bijvoeging, zouden heeten „Gereformeerde Kerken."

Van een en ander werd den 17[den] Juni 1892 door de Generale Synode kennis gegeven aan de Koningin-Weduwe Regentes.

Daar evenwel de Kerken uit de afscheiding en die uit de doleantie voortgekomen onderling nog gescheiden waren, en de locale vereeniging van deze niet kon plaats hebben zonder wederzijdsche toestemming van elke dier Kerken afzonderlijk, waaraan in den regel ook weder eenige schikkingen moeten voorafgaan, zoo was het noodig voorloopig die locale, d. w. z. *ter zelfder plaatse* bestaande, Gereformeerde Kerken *onderling* te onderscheiden. Daartoe werden de letters A en B gebezigd, terwijl in enkele plaatsen de loop der zaken weer eenigszins anders was geweest, waardoor aldaar nog eene derde aanduiding, C, noodig geacht werd. De namen van al deze Kerken werden op voormelde wijze aan de Regeering medegedeeld [1]).

Ik laat thans de bedoelde nota hier volgen, waarbij in het oog dient gehouden te worden, dat tijdens hare indiening (27 December 1891) nog geene vereeniging der beide groepen had plaats gehad.

NOTA.

Beteekenis van Kerk in historischen zin.

De Kerk is een feit, geen rechtsbegrip. Om te weten, of en in hoever de Overheid bij het ordenen der rechtsbetrekkingen met haar te rekenen heeft, moet men zich eene juiste voorstelling maken van *dat feit.*

Dat feit bestaat hierin, dat *de belijders* van Jezus Christus, zich beschouwende als *één lichaam*, waarvan *Christus het hoofd* is, zich verplicht achten over de *geheele wereld* als zoodanig op te treden. Die belijders stellen zich voor, dat *hun Heer* hen *geleidt*, hun *beveelt* en *ambten heeft ingesteld*, wier bekleeders *namens Hem* de belijders leiden.

Dit geestelijke, onsterfelijke Lichaam, uit levende men-

---

[1]) Een en ander uitvoerig medegedeeld in de *Acta*, uitgegeven te Amsterdam bij den Heer Wormser, 1892.

schen bestaande, heeft in opdracht den Naam *zijns Heeren* te belijden en van Hem *te getuigen*, „totdat Hij komt".

In den beginne werd dat lichaam, deze corporatie, *als zoodanig niet* door de Regeering erkend; veeleer vervolgd. Toch had zij (die corporatie) behoefte aan rechtspersoonlijkheid, ten einde enkele goederen te kunnen bezitten. Het schijnt dat zij zich destijds beholpen heeft met gebruik te maken van den rechtsvorm der *collegia licita*. *Zelve* werd zij niet een collegium licitum, doch — evenals thans sommige Kerken zich behelpen met door haar in het leven geroepen Kerkelijke Kassen — zoo deed ook zij destijds; natuurlijk uitsluitend ten behoeve harer goederen. Doch zoodra de Kerk *als zelfstandig Lichaam* erkend werd door Constantijn, kon zij ook *zelve* goederen bezitten, en vervielen de tusschengeschoven collegia licita.

Ten tijde van die erkenning had de Kerk reeds een *monarchischen* vorm aangenomen; men stelde zich voor, dat van den beginne af *de Apostelen* bisschoppen hadden *aangesteld* om de Kerk te regeeren. *In den bisschop* was de Kerk vertegenwoordigd; de bisschop, hoewel dienaar in hoogeren zin, heerschte; de *leek* gehoorzaamde. Hieruit ontwikkelde zich de Pauselijke Kerk.

Dat deze kerkvorm samenhing *met het geloof* der gemeente behoeft geen betoog.

Evenmin behoeft het betoog, dat *om des geloofswille* de Reformatie *met dien kerkvorm gebroken* heeft. Allen verwierpen den Paus; maar niet allen verwierpen de Bisschoppen of hun zelfstandig gezag.

Dit laatste deden wel de „Gereformeerden".

Zij beweerden dat de Heer der Gemeente, Christus zelf, door den Heiligen Geest de gemeente leidt; dat de gemeente op aarde *autonoom is onder haren kerkeraad*, bestaande uit Ouderlingen en Diakenen, en waarvan de Bedienaar des Woords, zoo deze er is, deel uitmaakt. Elke gemeente was, quoad formam , eene *volmaakte* Kerk, zoodra zij een kerkeraad had. Wel moesten de Kerken, als deelen

van één lichaam, *pari passu* wandelen en zich dus aan gemeenschappelijke regelen onderwerpen, zich houden aan „denzelfden regel des geloofs"; maar dit veranderde niets in haar wezen. Die *Kerken* zelve toch *kwamen samen*, door hare *gedelegeerden*, tot gemeenschappelijke afspraak en overleg; eene Kerk die niet mee kon gaan met een besluit der meerderheid *bleef wat zij was;* slechts werd zij geacht zich van de overige „gezamentlijke Kerken" af te scheiden. De „correspondentie" werd afgebroken. Van besturen, in den zin van *regeerders* over *een geheel van Kerken*, wilden die Gereformeerden niets weten.

Dit alles berustte geenszins, naar hunne geloofsovertuiging, op gronden van conveniëntie en utiliteit, maar op de uitspraken en aanwijzingen in de H. S. voorkomende. Zij meenden zóó te moeten handelen als zij deden, en hebben niet alleen tegenover de Roomsche Kerk, maar ook tegenover Protestantsche Overheden, die hen een anderen weg wilden opdringen, zich met alle macht en vaak met groote opofferingen verdedigd.

Natuurlijk bleef na de Reformatie — altijd volgens de geloofsovertuiging der Gereformeerden — „de Kerk" wat zij was; één ondeelbaar lichaam, met een Hoofd dat *over haar heerschte;* doch daar een groot deel der Kerk de Reformatie niet aannam, ontstond er — evenals 600 jaar vroeger (de Grieksche Kerk) — eene *scheuring;* beschouwde *elk deel zich* als de *wettige voortzetting* der Kerk en de andere deelen in meerdere of mindere mate als *kettersch.*

Destijds nam nog steeds de Overheid in deze zaken partij; zij moest dat doen, omdat *alleen* de *Christelijke Kerk* als corporatie mocht optreden, en de Overheid ook krachtens haar ambt zich geroepen achtte den waren godsdienst te handhaven. Diensvolgens moest zij wel verklaren, wat zij *de echte voortzetting* van *de Christelijke Kerk* achtte te zijn.

In het eene land viel de beslissing anders uit dan in het andere. In Nederland besliste de Overheid ten voordeele der Gereformeerden. Er ontstond in haar oogen door de

Reformatie geen nieuwe Kerk of corporatie; doch de bestaande werd *gezuiverd van misbruiken*. Daarop berustte dan ook het *in het bezit laten* van de *kerken* en van de daartoe behoorende *goederen* in de handen van de Gereformeerden. Aan niemand werd iets *ontnomen;* de Christenen, nu gereformeerd en steeds tot reformatie geroepen, behielden wat zij hadden. (Natuurlijk had men in die gemeenten waar de Reformatie niet doordrong ook de Reformatie niet moeten opdringen en de Kerken moeten vrijlaten; maar dan had *ééne* en *dezelfde* Overheid *meerdere* Kerken rechtens moeten erkennen, en zoo iets werd door *bijkans* iedereen voor iets onmogelijks gehouden.)

De Geref. Kerk bleef dus als *Christelijke Kerk* haar publiek karakter behouden en a fortiori dus ook haar rechtspersoonlijkheid. Daarnaast stonden andere deelen der Kerk, die natuurlijk harerzijds bleven beweren dat juist zij de eigenlijke voortzetting der Kerk waren; doch de Overheid, in hare meening niet deelende, negeerde haar officiëel en liet haar slechts *oogluikend* toe.

Op het einde der vorige eeuw kwam de Overheid tot het besef, dat niet zij geroepen is om in geloofsquaesties of in met het geloof innig samenhangende quaesties uitspraak te doen, en dat derhalve allen, die beweren de Christelijke Kerk of wel deelen daarvan te zijn, tegenover de Overheid gelijkgerechtigd behooren te zijn.

Hierdoor werd in het wezen *der Kerk* niets gewijzigd; wel in de houding van de Overheid. Evenals voorheen bleef elke Kerk zich beschouwen als voortzetting der oude Kerk, duce Christo; erkende zij *de over haar gestelde kerkelijke ambten; plantte zij zich voort als Kerk;* doch de Overheid harerzijds *liet* nu *al* die Kerken *toe* om, zoowel in als buiten rechte, als zelfstandige lichamen op te treden.

Aan art. 947 Burg. Wetb. ligt blijkbaar *deze feitelijke* toestand ten gronde. Alle feitelijk bestaande Kerken traden destijds *suo jure* op; toch is geene enkele uitdrukkelijk erkend; aan geene enkele is rechtspersoonlijkheid verleend;

doch *allen werden toegelaten als deelen der Kerk*, die zelve moet beslissen wie voor de ware Kerk is te houden.

Tijdens de Afscheiding tusschen 1830 en 1840 ontstond er eene zwarigheid. Wederom achtte een deel der Kerk, dat men in de Kerk niet deed, wat *haar Heer* eischte dat men doen zou; dat deel wilde *gehoorzaam* blijven en trouw *aan haar Heer*, en brak dus met allen, die daar juist andersom over oordeelden.

Had men zich toen gehouden aan de beginselen, die *op het einde* der vorige eeuw ten aanzien van de verhouding tusschen Overheid en Kerk waren aangenomen, dan had de Overheid moeten zeggen tot de dissenters: „Gij hebt evenveel recht om op te treden als zelfstandige Kerk als zij die feitelijk reeds bestaan; doch ik meen als wettige bestuurders der Nederlandsche Hervormde Kerk, waartoe Gij beweert te behooren, alleen hen te mogen erkennen, die volgens de *formeel* wettige reglementen" (de vraag of zij dat waren kan hier onbesproken blijven) „als zoodanig bij mij bekend staan. Meent Gij die bestuurders te mogen of te moeten negeeren, ik zal het U niet beletten; doch wilt Gij nu zelfstandig ook in rechte optreden en U *als Kerk* gedragen, dan moet Gij, ten einde verwarring tusschen U en Uwe tegenstanders te vermijden, mij mededeelen, *onder welken naam* Gij zulks verlangt te doen. Of Gij al dan niet *dezelfde* zijt als de Kerk waaruit Gij zegt voort te komen gaat *mij* niet aan; voor zoover het goederenbezit aangaat beslisse de rechterlijke macht; doch *ik laat U toe* als zelfstandig lichaam, zoodra Gij mij Uw eigen naam hebt meegedeeld."

Zóó handelde echter de Overheid niet. In 1816 was door de Gereformeerde Kerk aangenomen, of, juister gezegd, was aan haar door de Regeering opgelegd een geheel andere regeeringsvorm; de Kerk was wel niet *van aard* veranderd; maar èn zij die haar de nieuwe organisatie opdrongen of oplegden, èn zij die zich daarbij stilzwijgend neerlegden, gingen uit van de onderstelling, dat de Kerk was eene *vereeniging van menschen*, die zich zelve organiseeren mocht

naar eigen welgevallen; die zich zelve reglementen mocht maken, zonder aan een buiten haar staande macht, den Heer der gemeente, of aan de uitspraak der H. S. gebonden te zijn; die wel in zedelijken zin haren Heer te volgen had in het dagelijksch leven, doch *in de wereld*, naar buiten, alleen als vereeniging, evenals elk ander genootschap, mocht optreden zooals zij zulks verkoos. Op die onderstelling bouwde de Regeering het bekende Reglement van 1816. Toen nu de „Afgescheidenen" juist daartegen in verzet kwamen, *op grond van hun geloof*, meenende aan de *Confessie* en aan het *Woord Gods* en aan eene op geheel anderen bodem staande *Kerkenordening gebonden* te zijn, en zich dus niet langer te mogen onderwerpen aan reglementen door *wereldlijke besturen* vastgesteld, belette de Overheid hun optreden. Zij durfde hen niet als *Kerken* toelaten, wellicht omdat alsdan de onrechtmatigheid harer bemoeiingen in 1816 te duidelijk zou zijn geworden, en omdat zij vreesde niet meer uitsluitend aan hen, die zich onder de Koninklijke besturen schaarden, de kerken en tractementen, voor de Gereformeerde gezindheid bestemd, te zullen kunnen toekennen. Zij wilde althans niet de Afgescheidenen als zelfstandige Kerk *toelaten*, tenzij deze zich als genootschap, als eene vereeniging onder een gemeenschappelijk bestuur, aandienden, want dan eerst zou het duidelijk zijn, dat deze Kerk, althans tegenover de Overheid, *iets anders* was dan het bestaande genootschap, genaamd de Nederlandsche Hervormde Kerk, en dus nooit eenig recht of aanspraak kon doen gelden op hetgeen dat genootschap bezat of genoot. Na eene tegenkanting van 35 jaren hebben, noodgedrongen, de Afgescheidenen aan den gestelden eisch gevolg gegeven, doch tevens zijn zij altijd blijven beweren, dat zij *waren de wettige voortzetting* van de oude instelling: *de Christelijke Kerk*, zooals die zich in de 16e eeuw gereformeerd had, en dus ook recht te hebben op hetgeen aan die Kerk toekwam. Tevens *meenden* zij (ten onrechte) ontkomen te zijn aan de logische gevolgen van het aan-

vaarden van het „vereenigingsrecht" of genootschapsrecht, door in het stuk, waarin zij zich officiëel bij de Regeering aanmeldden, te verwijzen naar de Dordsche K. O. van 1618/19.

In 1886 ontstond gelijke beweging; ook toen wilde de Overheid wel dat diegenen, die met „de formeel wettige besturen" niet mee wilden gaan, zich als genootschap aandienden; zoolang zij dit niet deden, ignoreerde de Overheid hen op alle manieren; zij was niet zoo consequent als in 1834 en vlgg. jaren, door hun te beletten *feitelijk als Kerk op te treden.* Zij onthield zich echter van met hen in correspondentie te treden, zoodat het nu onbeslist is, of die Kerken al dan niet als zoodanig „zijn toegelaten". De Kerken, doleerende dat zij niet rechtens als de echte voortzetting der Gereformeerde Kerk door de Overheid werden beschouwd, behielpen zich op dezelfde wijze als de eerste Christenen, nl. door het scheppen van afzonderlijke „vereenigingen", die in nauw verband gebracht werden met de Kerk, en belast werden met het beheer en bezit der voor de Kerk bestemde goederen. Zoo doende behoefden zij het „vereenigingsrecht" niet te accepteeren, en stelden zij zich toch in staat goederen te bezitten. Officiëele aanraking tusschen deze Kerken en de Overheid ontbreekt evenwel geheel, en voortdurend ontstaan daardoor moeilijkheden, die tot verbittering aanleiding geven.

Verschil tusschen Vereeniging en Kerk.

Is de bovenstaande omschrijving van den *feitelijken* toestand juist, dan valt het gemakkelijk de verschillen tusschen eene *Vereeniging* en *de Kerk* (in de historische beteekenis des woords) aan te duiden.

Vereeniging; ten aanzien van

a. haar ontstaan. De rechtsbetrekking ontstaat door overeenkomst van individueele personen;

b. haar einde. Dit wordt bepaald bij overeenkomst of is een gevolg van het ontbreken der leden;

c. haar wet of *statuut.* Dit is een product van den wil der leden;

d. haar regeering. Deze heeft tot taak de uitvoering van dienzelfden wil;

e. haar doel. Het bestaat in datgene, ter bereiking waarvan de leden zijn saamgekomen.

KERK; ten aanzien van

a. haar ontstaan. Naar de geloofsovertuiging der leden bestond zij reeds vóór haar optreden in de wereld. Zij trad op als eigen instituut door de instelling van Jezus Christus, die een kring om zich organiseerde, sacramenten voor dezen kring instelde, een last op dezen kring oplegde en in het apostolaat ambten er voor instelde. In dezen kring werden daarna velen ingelijfd, aanvankelijk door individueele toetreding, die ook nu nog mogelijk is; maar ook, en thans *in den regel* (nl. voor wat betreft de kinderen der leden), door doop; alzoo *onbewust;*

b. haar einde. Dit is ondenkbaar. Zoo de leden hier of daar, ja overal ontbreken, het Hoofd blijft; zoodat, waar later weer nieuwe belijders zich vereenigen, deze geacht moeten worden de voortzetting te zijn *van het oude instituut;*

c. haar wet. Deze staat *boven* de Vereeniging der belijders; het onzichtbaar Hoofd der Kerk openbaart zich, volgens de overtuiging van deze, op onzichtbare wijze; de leeringen der Kerk, in verband met de openbaring der H. S., zijn onveranderlijke *grondslag* voor *elke* handeling; al ligt uitlegging en toepassing bij de menschen, nooit mogen deze *desbewust* hun gevoelen stellen in de plaats van de uitspraak huns Meesters;

d. haar regeering. Deze *heerscht* over den kring der belijders, *namens* het Hoofd; al worden de bekleeders van het *ambt* gekozen — zoowel met den Paus als met den Kerkeraad is dat het geval — eens gekozen, bezitten zij gedurende hun ambt *zelfstandig gezag*, waartegen de wil der meerderheid, zelfs die van allen, niets vermag, zoolang het ambt zich houdt aan de gestelde perken, aan de ook het ambt bindende onveranderlijke wet;

e. haar doel. Een doel, in den zin als waarvan sprake is

bij vereenigingen, ontbreekt. Men is niet saamgekomen ter bereiking van een doel, maar de gezamenlijke belijders achten zich verplicht een *last uit te voeren* (prediking, onderwijzing, enz.).

Deze beschouwing der Christenen ten aanzien van het wezen der Kerk heeft nog andere eigenaardige gevolgen, vooral voor hen die op „gereformeerd standpunt" staan; b. v.

f. De wet der Kerk, onveranderlijk als zij is, moet zich voortdurend uit haar eigen beginselen *ontwikkelen;* leden of kerkregeering hebben daar niets nieuws in te leggen.

g. Geen ander hoofd, dan de Heer der Gemeente; geen ander regeer*ambt* dan de Kerkeraad; van daar dat

1°. Kerken zich wel confoederatief kunnen vereenigen, maar geen dwingende macht boven zich erkennen mogen; eene Kerk, die niet mee wil gaan met de meerderheid der Kerken, wordt, evenals een recalcitrant lid der Gemeente, van de gemeenschap *afgesneden;* en daarbij blijft het. Zij *kan* evenwel, naar de beginselen zelve der Kerk die de correspondentie met haar afbreekt, in haar verzet *het recht geheel op hare zijde hebben;* nl. wanneer juist zij getrouw is aan haren Meester en de anderen dat niet zijn; het niet meegaan met het besluit der meerderheid is op zichzelf geen zonde tegenover de Kerk;

2°. het onderling verband der Kerken alleen door gemeenschappelijke belijdenis, nooit door de grenzen van een land bepaald wordt;

3°. men, hoewel in den regel vele Kerken saamverbonden zijn, individueel toch altijd lid wordt van eene locale Kerk, niet van een complex van Kerken;

4°. de Kerk zich *voortplant*, zoodat nieuwe Kerken bij hare wording zelve, eo ipso, bij de bestaande Kerken worden geïncorporeerd.

Kerk derhalve geen Vereeniging, doch Instituut.

Het bovenstaande toont aan dat de Kerk, in historischen

zin opgevat, zich, althans naar de geloofsovertuiging der Gereformeerden, niet kan schikken in het *Vereenigingsrecht* zonder haar *wezen* te verkrachten. De Christelijke Gereformeerden, die *noodgedwongen* gepoogd hebben op twee gedachten te hinken, worden door de logica hunner nooit verloochende beginselen gedwongen, de erkenning van een algemeen kerkgenootschap in den zin van vereeniging te laten varen.

De Kerk zou, beter nog dan met eene Vereeniging, te *vergelijken* zijn met eene stichting, die immers ook door eenen buiten de levenden staanden, onveranderlijken wil wordt beheerscht. Natuurlijk evenwel is zij ook niet eene stichting, waaronder gewoonlijk zeker goederencomplex wordt verstaan, doch een instituut of instelling.

Beroep op Autoriteiten.

Bijna alle juristen van naam hebben het essentiëel onderscheid van het wezen eener Kerk en dat van eene Vereeniging erkend. O. a. Mr. Kappeyne van de Coppello: „de Kerk is niet een zedelijk lichaam, eene personenvereeniging of corporatie, wat zij nooit geweest is en uit haar aard nimmer kan zijn" [1]).

Mr. Thorbecke: „de Kerk bestaat ook zonder als rechtslichaam geformeerd en erkend te zijn. Bij de Kerk zijn het innerlijk leven, en de handelingen waarin het zich openbaart, onafhankelijk van de genootschappelijke instelling, die bij andere universiteiten het gansche leven in al zijne verrichtingen omvat, doordringt en beheerscht" [2]).

Bluntschli: „Erst seitdem das Christenthum in die Welt gekommen, ist *die Kirche* als die religiöse Gemeinschaft der Menschen dem Staate als der *politischen* Gemeinschaft selbständig zur Seite getreten. Und wie die Kirche eine eigene Idee und einen nicht auf staatlichem Boden gepflanzten, nicht im Staatsgebiet grosz gewachsenen Leib und ein besonderes Dasein hat, so erfordert auch das

---

1) *Handel. 2e Kamer*, 3 Dec. 1876.
2) *Gids*, 1846, Boekbeoord., bl. 534.

christliche Kirchenrecht eine von dem neueren Staatsrechte getrennte Behandlung. Es beruht wesentlich auf der Autonomie der Kirche, nicht auf Staatsgesetzen. Sein Inhalt hat einen anderen Grundcharacter, als alle andere Recht [1])".

Roeping der Overheid onder ons tegenwoordig recht.

Wat heeft, onder ons tegenwoordig recht, de Overheid te doen tegenover Kerken, die, zich stellende tegenover de besturen van bestaande Kerken, beweren dat, *naar Kerkrecht*, die besturen geen recht van bestaan hebben, en dat zij gerechtigd en verplicht zijn in hunne plaats op te treden.

Het is zeer wel *mogelijk*, dat die zich aldus aandienende lichamen naar Kerkrecht gelijk hebben; ten *allen* tijde hebben zich schismaas in de Christelijke Kerk vertoond; maar de wereldlijke overheid beslist niet meer, zooals vroeger, aan welke zijde het recht is, omdat zij daarover niet kan oordeelen zonder tevens te beslissen in geestelijke dingen of zich te onderwerpen aan eene buiten haar staande macht; zij blijft daarom *onzijdig*.

Juist daarom mag zij het lichaam, dat zich als de wettige voortzetting der Kerk aandient, niet dwingen zich als eene *nieuwe vereeniging* aan te dienen. Deed zij dat, dan zou zij uitmaken dat dat lichaam *niet* is de voortzetting van de oude Christelijke Kerk, overeenkomstig de beginselen van die Kerk; dus zich mengen in eene geloofsquaestie. Ook zou zij voortaan *elke Reformatie* in de Kerk *beletten*. De *Oud-Roomschen* b. v. beweren, dat zij de voortzetting zijn der oude Roomsch-Kath. Kerk, en dat zij de Roomsche Kerk, zooals die zich thans voordoet, niet meer als zoodanig erkennen kunnen, omdat deze het dogma der Infaillibiliteit heeft ingevoerd. Als nu deze oud-Roomschen hier te lande als Kerk zouden willen optreden, een kerkgebouw op hun naam stichten, enz., zou de Regeering moeten antwoorden: dat gaat niet; Gij blijft *in* de R. Kerk, of Gij gaat er uit; en zoo Gij er uit gaan wilt, dan kunt Gij niet meer

---

[1]) Bluntschli, Allgemeines Staatsrecht, 4te Aufl., Bd. I, bl. 8/9.

als Kerk optreden, maar Gij kunt eene nieuwe vereeniging maken, volgens de wet van 1855, enz. Natuurlijk zal *op dien voet* niet een enkel Roomsch-Katholiek tegenover de bestaande R. K. besturen kunnen optreden. Van R. K. zijde moge dit als een geluk zijn te beschouwen; maar eene onzijdige Regeering mag tot zoo iets niet dwingen.

Maar zal de Overheid dan erkennen, dat b. v. de evengenoemde oud-Roomsche beweging *wel* in haar recht is? Evenmin. Zij zal echter kunnen *toelaten* dat eene corporatie, die zich als Christelijke Kerk aanmeldt, zich *als zoodanig* constitueere. Zij doet dit eigenlijk reeds nu; want het openlijk optreden van de „Gereformeerde Kerken in doleantie" wordt niet door haar belet; verschillende gemeentebesturen, o. a. het Amsterdamsche, zien zich feitelijk wel verplicht met haar te rekenen; elk bestuur of elke regeering, die verlangt dat die Kerken voldoen aan de bepalingen der armenwet — en dit is toch eene zaak waarbij de Overheid zelve belang heeft — ziet zich genoodzaakt ook aan haar diaconieën de verlangde opgaven te vragen. Het is intusschen zeer wenschelijk, dat *'s Lands* Regeering duidelijk, en eens voor al, toone, hoe zij zich stelt tegenover die en andere in gelijke omstandigheden verkeerende Kerken; want anders is de rechtspositie dier Kerken onhoudbaar. De artt. 1690 en 947 Burg. Wetb. spreken van *toegelaten* lichamen en kerken; de Kerken, als goedbezitsters, hebben er dus groot belang bij, dat uit eenige regeeringshandeling *blijke* van die toelating. En ook de Regeering, wil zij het toezicht uitoefenen waarvan art. 172 der G. W. spreekt, behoort te weten wie als Kerken (of Kerkgenootschappen) optreden. Dat de wet op het recht van vereeniging hier niet ingeroepen kan worden, schijnt niet twijfelachtig. Vooreerst verzet zich daartegen, gelijk boven uiteengezet is, de aard der Kerk. Maar ook de wet van 1855 zelve, die immers „strekt ter uitvoering van art. 9 der G. W." (waaronder de Kerkgenootschappen, behandeld in Hfdst. VI der G. W., *niet* begrepen zijn). In het Voor-

loopig Verslag op die wet lezen wij: „Zou de Regeering onder de vereenigingen, waarvan bij deze wet sprake is, de kerkelijke of zelfs de kerkgenootschappen begrijpen? Het laat zich onmogelijk aannemen, niet slechts omdat de kerkgenootschappen door de wet van 10 September 1853 (*Stbl.* n°. 102) daartegen gewaarborgd schijnen, maar ook omdat het zich niet denken laat, dat door den rechter de vervallenverklaring van een kerkgenootschap, van de bevoegdheid om als rechtspersoon op te treden, met al de daaraan volgens art. 9 en volgg. van het ontwerp verknochte gevolgen, zou kunnen worden uitgesproken. Dit heeft aanleiding gegeven tot de *algemeene* vraag, welk verband tusschen de tegenwoordige wet en de aangehaalde omtrent de kerkgenootschappen bestaat". Waarop door de Regeering geantwoord is: „Met de kerkgenootschappen, als zoodanig, heeft deze wet niets gemeens. De wet van 10 September 1853 (*Stbl.* n°. 102), met en benevens de artt. 947 en 1717 Burgerlijk Wetboek, heeft voor deze regelen vastgesteld" [1]).

Hoewel de wet van 1853 niet voorziet in het geval dat deelen van bestaande Kerken als zelfstandige Kerken, en zulks krachtens hun kerkrechtelijke beginselen, willen optreden, zijn toch, naar het schijnt, nadere bepalingen bij de wet niet noodig. De Regeering kan evenals vroeger op zeer eenvoudige wijze zich de vervulling harer taak mogelijk maken. Wanneer eene Kerk zich aanmeldt, mededeelende dat zij dezelfde Kerk is als eene reeds bestaande, doch dat zij de besturen van die bestaande Kerk niet erkent, en nu zelfstandig, onder aanneming van een eigen naam, onverschillig welken, voortaan wenscht op te treden, kan de Regeering haar antwoorden dat er geen bezwaar tegen is, haar onder dien naam toe te laten. Wanneer daarentegen eene Kerk zich bij haar *onder denzelfden naam* aanmeldt waaronder thans eene oudere Kerk bekend is, zou de Regeering kunnen antwoorden, dat zij, zonder

[1]) *Bijblad*, 1854/55, bl. 268 en 319.

in eenige beoordeeling te treden van aangevoerde motieven, die Kerk *niet onder dien naam* toelaat, omdat daardoor verwarring ontstaan zou tusschen de bestaande Kerken.

Feitelijk is herhaaldelijk op deze wijze gehandeld, zooals blijkt uit de geschiedenis der verschillende Kerken hier te lande, o. a. kortelijks in den Staatsalmanak omschreven.

Gevolgen van uitdrukkelijke toelating.

Wat zal het gevolg zijn van de uitdrukkelijke verklaring dat tegen de toelating geen bezwaar is? Alleen dit, dat de toegelaten Kerk *voortaan* op haar naam goederen kan verkrijgen, contracteeren, enz.; dat hare *diaconie* zich vrijelijk kunne wijden aan de behartiging van volksbelangen; dat de Regeering met kerkeraden en diaconieën, waar noodig, in aanraking kan komen. Ten aanzien van de pretensiën der toegelaten Kerk op de goederen, die op naam staan of in het bezit zijn van andere Kerken, wordt door eene daad van uitdrukkelijke erkenning *niets gepraejudiciëerd*, of, zoo iets, dan ten nadeele van den *nieuwen* titularis; de bezitters toch zullen kunnen aanvoeren dat het *aannemen* van een anderen *naam* dan dien van den tegenwoordigen bezitter bewijst, dat men iets anders *is*. De Gereformeerde Kerken, die sinds 1886 gebroken hebben met het haar in 1816 opgelegde verband en onder haar eigen organisatie wenschen op te treden, hebben bij hare kennisgeving daarvan aan de Regeering uitdrukkelijk *beweerd*, recht te hebben op zekere reeds bestaande kerkelijke goederen. Zij *moesten* dit doen op *haar* standpunt; evenals de R. K. kerk ditzelfde steeds, op haar standpunt terecht, gedaan heeft en nog doet ten opzichte van de goederen, vóór de Reformatie in kerkelijk bezit. (Zij zal, zoodra eenmaal het beginsel ingang gevonden heeft, dat de Kerken, na de Reformatic als zelfstandige lichamen opgetreden, eigenlijk niets dan vereenigingen of godsdienstige genootschappen zijn, haar recht op de goederen *van het instituut* wel doen gelden —). Doch alleen *de rechter* heeft in die quaestie te beslissen, en eene

Kerk, gesteld dat hare *bewering* onjuist is, kan toch niet alleen op grond van eene onjuiste rechtsaanspraak het recht verliezen om evenals alle andere Kerken zelfstandig op te treden.

Gevolgen van niet-uitdrukkelijke toelating.

Wat zal het gevolg zijn van het gemis van evenbedoelde duidelijke verklaring? Een groot deel des volks, en daaronder juist zij die bijzonder belang stellen in de geestelijke belangen des volks, bijkans 400 000 ingezetenen in getal, zal zich diep gegriefd achten, omdat het niet dezelfde bescherming zal genieten als de leden van *alle* overige Kerken of Kerkgenootschappen; want aan die, welke vóór de wet van 1855 feitelijk toegelaten waren, wordt zoowel door de Regeering als door elk rechtscollege rechtspersoonlijkheid toegekend; zelfs bij de erkenning van de Christ. Geref. Kerk is de wet van 1855 niet toegepast; doch aan allen die voortaan onder een eigen naam willen optreden wordt eene, althans voor Gereformeerden, *onmogelijke* voorwaarde opgelegd. Ondanks die onbillijke bejegening zal zich onder de oogen der Overheid eene groote corporatie in den Staat organiseeren, waarmee ieder, ook zijns ondanks, wel zal moeten rekenen, doch waarmede 's lands Overheid op geene wijze in officiëele aanraking zal kunnen komen. Hierbij zij herinnerd aan de betrekkingen met de armbesturen en aan de contrôle van de kiezerslijsten. Eindelijk worde nog opgemerkt, dat de thans door de Regeering gestelde eisch — optreding als vereeniging — elke reformatie der Christelijke Kerk (hetzij men deze opvat in den zin der R. K., hetzij in dien der Gereformeerden enz.) in hooge mate belemmert.

Publiek recht der Kerk.

Of de Kerk al dan niet *publiek* recht bezit, is eene vraag die onbesproken kan blijven. Zij bezit dat thans, of zij bezit dat niet; het oordeel daarover hangt af van hetgeen

men onder het publiek recht der Kerk verstaat. Doch de erkenning, de eenvoudige toelating van Christelijke Kerken onder *andere benamingen* of met *andere organisatie* dan die van de thans bestaande op gelijken voet als die thans bestaande, dus zonder haar te dwingen zich te onderwerpen aan de beginselen van het „vereenigingsrecht", brengt op dit punt *hoegenaamd geen verandering* in den bestaanden rechtstoestand te weeg; het beslist niets omtrent al- of niet publiek recht, en is niets anders dan de *gelijkmatige* toepassing van de bestaande beginselen. Het eenige wat gevraagd wordt is, dat de Staat ook ten aanzien der schijnbaar nieuwe Kerken handele, zooals hij deed tegenover alle bestaande en zooals hij doet tegenover particulieren; *beide bestaan jure suo*, zonder medewerking van den Staat; maar ter waarborging van beider rechtspersoonlijkheid *schrijft de Regeering ze in in hare registers.* Dáárdoor wordt hoegenaamd niets uitgemaakt omtrent den inhoud of de grenzen van hunne rechtsbevoegdheid.

Slotopmerkingen.

De toelating van Kerken of Kerkgenootschappen kan nooit verbonden worden aan de voorwaarde, dat die Kerken gezamenlijk met andere Kerken vereenigd moeten zijn. Art. 168 G. W., dat gelijk recht voor alle *kerkgenootschappen* wil, heeft onder dit woord niet verstaan, en kon daaronder in 1815 ook niet uitsluitend verstaan, een als een genootschap samenhangend complex van Kerken. Waartoe zou het ook dienen, te *eischen* dat eene Kerk of Kerkgenootschap, om op rechtsbescherming aanspraak te hebben, ook met andere gelijkgezinde Kerken verbonden moet zijn; een toestand die ook thans niet in alle Kerken bestaat; met name niet bij de Doopsgezinde gemeenten. Werd die eisch gesteld, dan zou de Regeering hier te lande de ontwikkeling van den zoogenaamden *presbyterialen kerkvorm* beletten of belemmeren, hetgeen wederom in strijd zou zijn met de bij de G. W. gewaarborgde vrijheid van godsdienst

en gelijke bescherming van elk kerkgenootschap. Het kan toch niet worden geloochend, dat in veler oog de kerkvorm innig samenhangt met *het geloof* der gemeente. Zoowel in den strijd tusschen de R. Kathol. en Protestanten, als in dien tusschen Gereformeerden en Arminianen, ging het niet het minst om *den kerkvorm.* Evenzeer als de Roomsche, de Anglicaan, de Lutheraan zich beroept *op een hem bindend gezag* ter verdediging van zijn kerkvorm of kerkregeering, doet zulks de „Gereformeerde", die daar zooveel aan hecht, dat hij herhaaldelijk, o. a. vóór 1618 (tijdens den strijd met de Remonstranten), in 1834, in 1886, alles heeft prijs gegeven waarop hij meende recht te hebben, alleen om de Kerk naar zijn beginsel te kunnen organiseeren; en evenzeer als het geloofsvervolging zou zijn, zoodra men den Roomsche of den Anglicaan wilde dwingen zich te onderwerpen aan de regelen van het „vereenigingsrecht", zou het zulks zijn ten aanzien der Gereformeerde Kerken, die zich in 1834 en later aan de reglementen der Nederlandsche Hervormde Kerk en de daarop berustende besturen hebben onttrokken.

Ten slotte zij nog opgemerkt, dat deze Nota uitgaat van eene beschouwing der Kerk, die, ofschoon in overeenstemming met de vroegere geschiedenis der Kerk, thans door vele harer leden niet meer aanvaard wordt, hetgeen intusschen van geen invloed op de conclusie behoeft te zijn, vermits ieder, die in eene Kerk niets anders ziet dan eene vereeniging van gelijkgezinden, volkomen vrij blijft, zich als zoodanig te gedragen en vereenigingen op te richten overeenkomstig de voorschriften van de wet van 1855.

Ten slotte zij hier nog het volgende aan toegevoegd.

De Regeering heeft, na ontvangst van bovengemelde stukken, aan „Heeren Deputaten van de Gereformeerde Kerken in Nederland" het volgende schrijven gericht:

DEPARTEMENT VAN JUSTITIE.
1e AFDEELING.

's Gravenhage, den 14en Juli 1892.

No. 132.

BIJLAGEN

Men wordt verzocht bij de aanhaling van dezen brief*, dagteekening, afdeeling en nummer *nauwkeurig te vermelden.

Naar aanleiding van de door de Generale Synode van de Gereformeerde Kerken in Nederland en door de Deputaten dier Kerken bij adressen aan de Koningin-Weduwe Regentes d.d. 17 en 18 Juni jl. gedane mededeelingen, heb ik de eer H.H. Deputaten voornoemd te berichten dat de Regeering kennis draagt:

1°. van de samenvloeiing in eenzelfde kerkverband van de beide groepen van Gereformeerde Kerken, die dusver elk onderscheidenlijk, vertegenwoordigd werden door de Synode der Christelijk Gereformeerde Kerk en door de Voorloopige Synode van Nederduitsch Gereformeerde Kerken, en van den daaruit voortspruitenden overgang van beide Synoden in een vereenigde Synode, die den naam draagt van: de Generale Synode van de Gereformeerde Kerken in Nederland;

2°. van de bij voormelde adressen overgelegde naamlijst van Kerken in de onderscheidene provinciën des Rijks, welke thans door deze Generale Synode vertegenwoordigd worden, en voortaan niet meer de onderscheiden namen van Christelijk Gereformeerde en Nederduitsch Gereformeerde kerken zullen dragen, maar met weglating van alle bijvoeging zullen heeten: Gereformeerde Kerken;

3°. dat wat aangaat de regelen voor inrichting en bestuur, deze kerken thans alle samenleven onder vigueur van de Gereformeerde Kerkenordening, gelijk die laatstelijk op de Synode te Dordrecht in 1619 bevestigd is, behou-

dens die noodzakelijke uitzonderingen, waarvan indertijd door onderscheidene kerken en met name door de Synode der Christelijk Gereformeerde Kerk bij missive van 15 December 1891 aan de Regeering mededeeling is gedaan; en

4°. van de aanwijzing van Deputaten van de Gereformeerde Kerken in Nederland voor de correspondentie met de Regeering tot op het eerstvolgend samenkomen der Kerken in Generale Synode, zoomede van het juiste adres dier Deputaten.

De Minister van Justitie,
SMIDT.

Aan
Heeren Deputaten van
de Gereformeerde Kerken
in Nederland.

Eindelijk heeft ook de Minister van Binnenlandsche Zaken de gewestelijke en plaatselijke autoriteiten van een en ander verwittigd, zoodat ook in elke burgerlijke gemeente de zich daar bevindende Kerken aan de Overheid officiëel bekend zijn.

Heeft er eenige wijziging in eene locale gemeente plaats, vereenigen of splitsen zich b. v. Kerken, dan wordt daarvan door de locale Kerk (of Kerken) aan de Regeering kennis gegeven, en tevens door de Classis, waaronder die Kerk (of Kerken) ressorteeren, en zulks door tusschenkomst van eenige Deputaten, van wege de Synode aangewezen om met de Hooge Overheid te correspondeeren. Een en ander geschiedt natuurlijk met de bedoeling, om zoowel de plaatselijke autonomie als het kerkelijk verband overeenkomstig de beginselen van de Gereformeerde Kerkenordening te handhaven, terwijl de Deputaten geene andere bevoegdheid hebben, dan om namens de Kerken te correspondeeren, ten einde de communicatie tusschen de Hooge Overheid en „de gezamenlijke Kerken" mogelijk te maken.

BOEKBESCHOUWINGEN.

KOOP DOOR HUUR.

Afbetalingscontracten. — Acad. Proefschrift, door M. A. H. L. v. Lier. Utrecht, 28 Sept. 1892.

Het Afbetalingscontract. — Acad. Proefschrift, door H. L. Hemsing. Leiden, 9 Dec. 1892.

De woordenstrijd, dien ik in het najaar van 1891 in de Tweede Kamer der Staten-Generaal mocht voeren met den Minister van Justitie over het onderwerp, aan het hoofd van dit artikel genoemd, is vruchtbaarder geweest, dan ik had durven denken. Ofschoon het *toen* tot geenerlei resultaat leidde, omdat de Minister volkomen ongezind bleek, tot regeling der zaak iets te doen, het korte en onvolledige debat vestigde de aandacht op dit onderwerp van de twee doctorandi in de rechten, wier proefschriften hierboven worden genoemd, voor wier toezending aan mijn adres ik hun bij deze mijnen dank betuig.

Toen het eerste verschenen was, ontving ik van de Redactie van dit tijdschrift de aangename en vereerende uitnoodiging om het aan te kondigen, en het spijt mij niet, dat ik verhinderd was daaraan terstond te voldoen, omdat ik hierdoor in de gelegenheid werd gesteld, ook met het tweede kennis te maken, alvorens ik het eerste ging behandelen, en nu met een kort woord *beide* bij ons rechtsgeleerd publiek kan aankondigen. Zij staan naast elkaar en zijn van elkander onafhankelijk. De heer Hemsing stelt er zelfs prijs op, terstond in eene noot op de eerste pagina te verklaren, dat toen de heer van Lier promoveerde, ook hij met zijn proefschrift gereed was, en hij het nu «onveranderd" laat volgen.

Er was al dadelijk iets eigenaardig aantrekkelijks in, na te gaan, hoe deze beide studiosi, die — niets van elkander wetende — tegelijkertijd aan 't schrijven waren, een zoo weinig besproken onderwerp zouden aanvatten, en tot welke resultaten zij zouden komen. Ik zou der waarheid te kort doen, indien

ik niet verklaarde, dat beiden hebben getracht *volledig* te zijn. Om te komen tot de kennis van wat op dit gebied in Nederland gebeurt, hebben beiden een onderzoek ingesteld, waarvan zij het resultaat neerleggen in de openbaarmaking van eenige hun verschafte formuliercontracten, waarin de afbetalingsovereenkomst zich hier te lande doet kennen. Doch bedrieg ik mij niet, dan teekent reeds de wijze, waarop beiden die gegevens verzamelden, hunne wijze van werken. Beide schrijvers geven — gelijk ik zeide — eenige formuliercontracten; doch waar de heer van Lier zich daarmee tevreden stelt en uit die formulieren hunne maatschappelijke werking deduceert, daar richtte de heer Hemsing buitendien aan zestig secretarissen van arbeidersvereenigingen het verzoek, hem in te lichten omtrent een 12tal vragen, uit wier samenstelling men kan zien, dat de heer Hemsing zich van de zaak reeds eene voorstelling had gemaakt, vóór hij begon, en die aan de werkelijkheid wilde toetsen. Dat het succes op die poging matig was, doet niets ter zake. Is de heer Hemsing eenigen tijd in het maatschappelijke leven werkzaam, dan zal hij wel zien, dat dergelijke onderzoekingen in den regel weinig geven, omdat de lust, zich voor de beantwoording van zoodanige vragen eenige moeite te geven, bij het menschdom niet groot is. Doch het feit, dat hij die moeite deed, leidt tot de conclusie, dat de heer H. verlangt de quaesties dieper te doorkijken, eer hij zijne pen op 't papier zet, dan zijn Utrechtsche collega, die — hoe aangenaam hij schrijft en hoe verzekerd hij blijkbaar voor zichzelven is van de waarheid zijner uitspraken — hier en daar er toch wel eens wat luchtig overheenspringt.

Gaan wij den loop dezer proefschriften verder na en bespreken wij de twee quaesties, waarop het m. i. vooral aankomt, dan houd ik mij in den regel ook meer aan de zijde van den heer Hemsing dan aan die van den heer van Lier. Alleen waar de laatste dezen nieuwen contractvorm blijkbaar meer in bescherming neemt dan de eerste, en hem tegen de aanvallen van den contanthandel krasser verdedigt, daar geloof ik, dat de heer van Lier beter doordrongen is van de noodzakelijkheid, om de klassen in de maatschappij, voor wie die vorm onontbeerlijk is geworden, de behulpzame hand te bieden. Door de ervaring mijner practijk van die noodzakelijkheid, evenzeer als de heer van Lier, doordrongen, sprak ik er den Minister van Justitie over aan. Twee argumenten deden daarbij vooral dienst: 1°. het contract «koop door huur" is een op 't

oogenblik in onze wetgeving onbekend contract, en daarom «innominatus" of «sui generis"; 2°. de wijze, waarop men dit nieuwe contract wil passen in het keurslijf der in ons recht bestaande contracten, brengt den rechter herhaalde malen op een dwaalspoor en veroorzaakt eene onzekerheid in de rechtspraak, die voor de zaak zelve nadeelig is. en, om welke te doen ophouden ik den Minister aanvulling van ons Burgerlijk Wetboek verzocht heb.

Ik meen nu te kunnen volstaan met aan te stippen, dat beide schrijvers, ieder op zijne wijze, een overzicht geven van de bestaande literatuur en wetgeving in Duitschland en Oostenrijk, en aan de hand daarvan de maatschappelijke werking van het contract onderzoeken. Met Mr. Hemsing wil ik aannemen, dat de tegenwoordige vorm van het contract in het Romeinsche recht onbekend was, al zou ik tevens niet durven ontkennen, dat de door hem aangehaalde L. 16 D. de periculo 18,6 toch wel naar iets dergelijks heenwijst. De vermelding verder van hetgeen de Fransche schrijver Guillouard èn bij huur èn bij koop over deze contracten van meening is, toont ten duidelijkste, dat zij ook voor dezen Schrijver niet onopgemerkt zijn gebleven, en dus in zijne omgeving wel bekend zijn.

Het meest trok mij natuurlijk aan, wat de beide Schrijvers zouden willen doen om het bezwaar te verhelpen, dat de zaak in onze wetgeving niet geregeld is. En beiden zijn het met mij eens, dat hier bezwaar is, dat verholpen moet worden. De heer van Lier is het met den heer Smidt, Minister van Justitie, eens, dat hier geen haast is; de heer Hemsing houdt het met mij, dat de bestaande verwarring te groot is, om haar te bestendigen. Vreemd schijnt het, en toch is het waar, dat desalniettemin de heer van Lier in zijn wetsontwerp, dat hij ten slotte ter verbetering van den toestand ter overweging aanbiedt, veel dieper ingrijpende voorstellen doet, dan de heer Hemsing, en nog vreemder misschien, dat ik ook daarin de zijde van den laatsten houd. Doch vermoedelijk lost zich de tegenstrijdigheid op, als wij onderzoeken, welke de houding is van beide Schrijvers tegenover de twee hoofdpunten, die ik hierboven als de redenen opgaf, die mij moveerden, de zaak ter sprake te brengen.

De heer van Lier, den aard van het contract onderzoekende, zegt op bl. 45 noot 1: «dus een contract *sui generis*, zooals Mr. «de Kanter het terecht genoemd heeft, in zijne redevoering «in de 2e Kamer."

Die noot nu komt mij onbegrijpelijk voor, in verband met hetgeen de Schrijver verder over het contract «koop door huur” als zijne opinie mededeelt [1]). Immers betoogt hij met kracht, dat men over de beteekenis van het contract niet behoeft te twisten, want dat de woorden, waarin het vervat is, alles uitwijzen. Die woorden bevatten der partijen *wil;* zij bedoelen wel als einduitslag van hun contract iets anders dan die wil, doch dat is slechts een *wensch;* komt het niet tot vervulling van dien *wensch*, dan is hun *wil* iets geheel anders dan hun *wensch.*

KOOPEN was beider einddoel, dus hun *wensch;* HUREN was hun *wil*, indien 't einddoel niet werd bereikt, ergo.... 't is een huurcontract.

Iets verder in zijn boekje, als de Schrijver (bl. 46) aantoont, hoe, juist om kooper te worden, de som die anders huurprijs zou zijn, wordt verhoogd, komt hij, dunkt mij, zelf met zijne vooropgestelde theorie in tweestrijd. Hoe kan iemands *wil* door het betalen van eene verhoogde huursom tegelijkertijd zijn: ik wil kooper *worden*, en toch, zoolang het contract duurt, slechts huurder *zijn?*

Toch meent de Schrijver, dat hij gelijk heeft, want dat zelfs de minstontwikkelde wel weet, wat koop en wat huur is, en men van niemand kan aannemen, dat hij zich in de beteekenis van die woorden zal vergissen, zoodat — als er eenmaal *huur* staat — niemand het in zijn hoofd moet nemen, daarvoor *koop* te lezen. In de meeste gevallen zal dit wel waar zijn. Ook de minstontwikkelde zal bij een *volledig* koop- of huurcontract zich niet vergissen. Maar men moet zelfs vrij goed juridisch ontwikkeld zijn, om wanneer men samen als *einddoel* heeft KOOP, en de verkooper zegt: Gij kunt betalen in termijnen, die wij HUUR zullen noemen, al de rechtsgevolgen daarvan te overzien. 't Is hier, alsof de Schrijver van het «plus valet quod agitur quam quod simulatur” nooit heeft gehoord. En het past dan ook volkomen in zijn stelsel, als hij zich van het Haagsche vonnis over deze zaak, voorkomende in *W.* 5704, op de meest luchthartige wijze in eene noot afmaakt. Ik erken, dat hij zich daarbij in het goede gezelschap van den Minister van Justitie bevindt, die dit vonnis insgelijks met een kwinkslag uit het debat ecarteerde, doch aan den Schrijver van eene ver-

[1]) Reeds het opschrift van dit artikel doet zien, dat het mij bij deze aankondiging om deze bepaalde soort van afbetalingscontracten te doen is.

handeling, gelijk den heer van Lier, stel ik op zulk een punt hooger eischen, dan aan een Minister, die met het debat over eene quaestie als deze vrij onverhoeds wordt overvallen.

Geheel anders is dan ook de houding van den heer Hemsing tegenover deze zijde van het vraagstuk. Noemt hij het contract ook *contractus innominatus*, hij begint met daarmee eveneens te erkennen, dat in ons recht de regeling van dit contract ontbreekt. Doch den *wil* van partijen niet splitsende in een *wensch* en een *wil*, vat hij in het oog wat partijen inderdaad als *einddoel* voor oogen hebben gehad, om daarin hun *wil* te zoeken, tevens daarbij de vraag beantwoordende: wat is billijk, dat geschiede, als het contract niet tot stand komt, zonder te letten op de woorden, die partijen voor dat geval mochten gebruikt hebben, en waarbij stellig in 99 van de 100 gevallen onbekendheid met de rechtsgevolgen zal mogen ondersteld worden, verbonden aan de letterlijke opvatting dier woorden. Hij behandelt dan ook zeer uitvoerig het Haagsche vonnis, in verband met wat Guillouard betreffende die contracten aanteekende, en de jurisprudentie over de registratiequaestie bij de overdracht der Oostduinen onder Goeree, welke zaak ik de eer had, bij de toenmalige rechtbank te Brielle te behandelen. Wil men scherpe tegenstelling van opinies over de waarde van een contract «koop door huur", men leze dan de uitspraken der Rechtbank en van den Hoogen Raad over *hetzelfde* contract. Het eene college zei: «'t is koop"; het andere maakt uit: «'t is huur".

Het behoeft wel geen betoog, dat de zuiver beginselmatige wijze, waarop de heer Hemsing voor de moeielijkheden eene oplossing zoekt, mij meer aantrekt, dan het eenvoudig beroep op de *woorden* van het contract, zooals de heer van Lier dit doet; vooral waar bij mij vaststaat, dat het grootendeels juridisch onmondigen zijn, die deze contracten sluiten en de portée er van volstrekt niet begrijpen. De nadeelen, die daarvan geleden worden door hen, die ze juist 't meest noodig hebben, zijn zeer groot, en ik deed een beroep op den Minister om ze door eene wetswijziging te verhelpen.

Beide Schrijvers zijn het met mij eens, dat het *grootste* nadeel geleden wordt door het strenge naleven van de zoogenaamde vervalclausule. Tot voorkoming van *dat* nadeel alleen vroeg ik tweeledige hulp, en wel deze: 1°. definiëer het contract, zoodat de rechter weet, waaraan zich te houden; 2°. voorkom de nadeelen der vervalclausule.

De heer Hemsing is dit met mij eens, en wil ook voorshands daartoe de noodzakelijke wetswijzigingen bepalen. Over de formuleering dier wijzigingen op bl. 92 van zijn boekje zal ik nu niet met hem strijden; de bedoeling is geheel als de mijne. En indien de Regeering dan ook het toezicht over de Statuten der Coöp. bouwvereenigingen uitbreidde, in den zin als ik den heer Smidt in overweging gaf en de heer Hemsing op bl. 93 van zijn boekje herhaalt, dan zou er al veel kwaad voorkomen worden.

Veel grootscher plannen heeft echter de heer van Lier; hij wenscht de juridisch onmondigen, die op andere wijze door de verschillende soorten van afbetalingscontracten worden benadeeld, doordien op verkeerde neigingen van deze luyden (speciaal van hunne vrouwen) wordt gespeculeerd, in uitgebreiden zin te helpen, en dus het voortwoekeren van die verkeerde soort van afbetalingscontracten te fnuiken. Hij ontwerpt daartoe een wetsvoorstel, dat in art. 1 geeft eene wijziging van het Burgerlijk Wetboek door toevoeging van 4 artikelen achter art. 1576. Dat hierbij materiëel en formeel recht een weinig door elkaar gehaspeld worden, zal ik den Schrijver niet euvel kunnen duiden, waar hij helaas op al te veel plaatsen in ons B. W. kan wijzen, waar de wetgever hetzelfde doet.

Art. 2 van des Schrijvers ontwerp bevat eene aanvulling van de Wet op de R. O., waarmede hij ALLE «burgerlijke rechts«vorderingen ter zake van afbetalingsovereenkomsten" brengt ter jurisdictie van den kantonrechter.

Art. 3 bevat eene strafbepaling voor hen, die zondigen tegen het tweede artikel, dat hij tot aanvulling van het Burgerlijk Wetboek bestemd heeft.

Indien de Schrijver er later in mocht slagen, dit ontwerp onveranderd aan de Tweede Kamer voor te leggen, dan kan hij zich vast prepareeren op een Voorloopig Verslag vol bedenkingen.

Haarlem, 26 Dec. 1892. H. Ph. de Kanter.

Festgabe der Kieler Juristen-Fakultät zu Rudolf v. Jhering's fünfzigjährigem Doktor-Jubiläum am 6. August 1892. — Kiel u. Leipzig, Lipsius & Tischer, 1892. — 255 bl.

Talrijke feestgaven werden den grooten v. Jhering vereerd op zijn gouden doctorsfeest, dat hij slechts zoo korten tijd mocht

overleven. Onder deze gaven neemt die van de rechtsgeleerde faculteit te Kiel eene voorname plaats in. Zij bestaat uit vier verhandelingen van zeer uiteenloopenden aard.

De eerste is van de hand van Max Pappenheim, die de Zweedsche wetsontwerpen op de vennootschappen van 1890 bespreekt en aan critiek onderwerpt. Daarna volgt eene lezenswaardige studie van Th. Kipp, «de veroordeeling tot het af«leggen van wilsverklaringen en tot rechtshandelingen". Dit onderwerp is geregeld in de §§ 779, 773 en 774 van de *Civilprozessordnung*. Op deze §§ geeft de Schrijver een uitvoerigen, grondigen en helderen commentaar, die voor Nederlandsche lezers wel geen direct belang heeft, maar toch eenerzijds zeer geschikt is om ons duidelijk te maken hoe groot de leemten zijn in ons eigen executierecht, anderzijds onzen rechter den weg wijst ter aanvulling dier leemten, en in elk geval hem van dienst kan wezen bij de uitlegging van de artt. 1276 en 1277 B. W., welke met § 773 C. Pr. O. correspondeeren. Het uitvoerigst staat Kipp stil bij § 779, dat omtrent de veroordeeling uitsluitend tot het afleggen eener wilsverklaring eene algemeene bepaling bevat van denzelfden aard als voor een speciaal geval in art. 1217 al. 3 B. W. wordt gegeven. Kipp's bijdrage mag de belangrijkste van den bundel heeten.

De derde verhandeling is van A. Frantz. Het Ontwerp van een Rijks-concordaat en de daarop betrekking hebbende Weener Conferenties van 1804 leverden hem de stof voor dit opstel. S. Schlossmann sluit den bundel met een stuk over «das Kontrahieren mit offener Vollmacht", en wel uitsluitend naar Romeinsch recht. Strijd bestaat over de vraag, of de *actio institoria*, *quasi institoria* en *exercitoria* alleen te pas komen, als er gehandeld is in naam van den heer, dus met «gepubliceerde (kenbaar gemaakte) volmacht", dan wel of het voldoende is, dat de *institor* of *magister navis* binnen den kring der hem door zijn heer opgedragen werkzaamheden heeft gehandeld. De heerschende meening neemt het eerste aan. Schlossmann tracht daarentegen de juistheid van de tweede meening staande te houden en door nieuwe bewijzen te bevestigen.

Het is, ziedaar ons eindoordeel, eene waardige hulde, die met deze feestgave den grijzen jubilaris werd gebracht door de leden eener faculteit, waartoe hij eens zelf (van 1849 — 1852) behoorde.

R. DE LA GRASSERIE, Projet de code civil allemand, traduit avec introduction. — Paris, G. Pedone-Lauriel, 1893. — LIX en 492 bl.

H. PRUDHOMME, Code de commerce argentin, promulgué le 9 Oct. 1889. Traduit, annoté et précédé d'une introduction. — Paris, G. Pedone-Lauriel, 1893. — LXXV en 451 bl.

Bij den uitgever Pedone-Lauriel te Parijs verschijnt eene Verzameling van vreemde Wetboeken, in Fransche vertaling, die met kracht is aangevat en wordt voortgezet. Reeds zagen het licht het Spaansche Burgerlijk Wetboek van 1889, het Italiaansche Strafwetboek van 1890, het Spaansche Wetboek van Koophandel van 1885, het Italiaansche Wetboek van Koophandel van 1882, en het Chileensche Wetboek van Koophandel. Thans zijn weder verschenen het Ontwerp van een Burgerlijk Wetboek voor het Duitsche Rijk, waarvan de vertaling werd bezorgd door Dr. de la Grasserie, en het nieuwe Wetboek van Koophandel voor de Argentijnsche Republiek van 1889 (in werking getreden 1 Mei 1890), evenals de Wetboeken van Koophandel van Spanje en Chili vertaald door Dr. Prudhomme. Beide vertalers doen aan den tekst resp. van het Ontwerp en van het Wetboek voorafgaan eene Inleiding, waarin zij een beknopt en duidelijk overzicht geven van de wordingsgeschiedenis en den inhoud van Ontwerp en Wetboek; de heer Prudhomme heeft zijne uitgave van het Argentijnsche Wetboek bovendien van noten voorzien, waarin naar het Europeesche, speciaal het Fransche recht wordt verwezen.

De Verzameling is ongetwijfeld eene zeer belangrijke uitgave, die, mits steeds voor nauwkeurige vertalingen wordt zorg gedragen, den juristen van alle landen goede diensten zal kunnen bewijzen. Zij voorziet in eene behoefte, die zich overal doet gevoelen. Wij vestigen dus gaarne op de onderneming van den heer Pedone-Lauriel de aandacht.

Van de beide besproken vertalingen konden wij alleen die van den heer de la Grasserie controleeren. Over het algemeen nauwkeurig en vertrouwbaar, is zij toch niet zonder gebreken; om eenige voorbeelden te noemen, waarop bij het opslaan van enkele bladzijden ons oog viel: al. 1 en 2 van § 4 zijn gevoegd bij § 3; in § 4 al. 2 wordt «Anfall von Todeswegen" vertaald met «accident", waardoor de geheele bepaling is misverstaan; van § 10 is al. 2 (eene verwijzing naar de Civil Proz.

Ordn.) weggelaten; § 78 al. 2 schijnt niet juist weergegeven. Zoo zouden wij meer kleine vlekjes kunnen aanwijzen, doch meenen hiermede te kunnen volstaan tot staving van onze opmerking.

J. H. TASSET, de Gemeente-Ontvanger. — Acad. Prft. 1892. — 116 bl.

In tien hoofdstukken, -- resp. getiteld: De aanstelling; Vereischten van benoembaarheid; Imcompatibiliteiten; Verboden handelingen; Aanvaarden der betrekking, jaarwedde, woonplaats van den ontvanger; Borgtocht; Werkzaamheden van den ontvanger; Middelen van contrôle; Instructie; Einde der betrekking van den ontvanger; — worden in dit werkje met groote naarstigheid en nauwgezetheid besproken en beantwoord alle vragen, waartoe de bepalingen van de Gemeente-wet omtrent den Gemeente-Ontvanger aanleiding hebben gegeven of mogelijkerwijze aanleiding zouden kunnen geven. De Schr. heeft hiermede eene goed geslaagde proeve van wets-exegese geleverd, waarvan in voorkomende gevallen de raadpleging Gemeente-ontvangers en -besturen van veel nut zal kunnen wezen.

R. HAAGSMA, evenredige vertegenwoordiging. Twee kiesstelsels. — Utrecht, J. L. Beijers, 1892. — 25 bl., ƒ0.30.

Eene uiteenzetting van twee stelsels van verkiezing eener evenredige vertegenwoordiging. De Schr. is van oordeel, dat bij zijne beide stelsels de beperking der theoretische eischen weinig storend is, terwijl de bezwaren tegen de vroeger voorgestelde evenredige stelsels in hoofdzaak zijn vermeden. Wij zouden niettemin de aanbeveling dier stelsels niet op ons durven nemen. Zij vorderen (zie bl. 24 v.), evenals andere evenredigheidsstelsels, voor hunne goede werking eene mate van listigheid en handigheid der kiezers in het zich combineeren en groepeeren, eene partijdiscipline en eene doorkneedheid der leiders in de verkiezingstechniek en stembuswichelarij, als vooralsnog niet worden gevonden en ook niet spoedig bereikt zullen worden. Evenmin heeft de Schr. ons kunnen overtuigen van de goede en practische werking zijner stelsels. Zooals bij de aanprijzing van evenredige stelsels pleegt te geschieden, en het kan ook moeilijk anders, heeft Schr. eenige willekeurig gekozen casuspo-

sities genomen, waaraan ons de werking en de bruikbaarheid van zijne stelsels worden gedemonstreerd. Wij moeten nu op grond daarvan aannemen, dat zij in alle gevallen goed zullen werken en zullen blijken bruikbaar te zijn. Wij aarzelen daartoe over te gaan, omdat wij betwijfelen, of voldoende rekening is gehouden met verschillende mogelijke gebeurlijkheden. Om een voorbeeld te noemen, de casusposities van den Schr. onderstellen, dat er minder hoofdcandidaten zijn dan te vervullen zetels? Evenwel kan het omgekeerde ook voorkomen. Zullen nu de beide stelsels ook in dat geval billijk werken en tot de gewenschte evenredige vertegenwoordiging leiden? Wij durven het niet te bevestigen. Ook komt het ons voor, dat met de hulpcandidaten vrij willekeurig wordt omgesprongen.

Het beste evenredige kiesstelsel schijnt echter nog zoo weinig gevonden te zijn, dat de wetgever goed zal doen, ook te letten op de brochure des heeren Haagsma, wanneer het stelsel der evenredige vertegenwoordiging ten onzent eens ernstig aan de orde komt.

Een paar jaren geleden mochten wij wijzen (zie *Rechtsgel. Mag.*, 1891, bl. 160) op de verschijning der eerste aflevering van Smidt's **Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht**, *tweede druk, herzien en aangevuld met de wijzigingen*, door Mr. J. W. Smidt. Het doet ons genoegen, thans te kunnen vermelden, dat het werk, volgens het destijds gegeven programma, is ten einde gebracht; in drie flinke deelen, samen ruim 1900 bladzijden beslaande, ligt het voor ons. Zoolang men bij de verklaring en toepassing van ons Strafwetboek waarde zal blijven hechten aan de geschiedenis zijner wording, zoolang zal «Smidt" een onmisbare vraagbaak zijn voor allen, die zich met de verklaring of toepassing bezighouden. Nergens toch vindt men, zoo licht overzienbaar, bijeen al wat over een of ander artikel is voorgevallen. Door verschillende vergelijkende tabellen wordt het nut der raadpleging nog verhoogd. Doch het ware geheel noodeloos, hierover verder uit te weiden. Het publiek heeft sedert jaren eenstemmig de deugden van dit boek erkend. Laten wij dus volstaan met den bewerker en den uitgever geluk te wenschen met de voltooiing van den nieuwen druk: eene echt nationale onderneming.

Bij De Erven F. Bohn verscheen het eerste stuk van **De wetgeving op het Notaris-ambt,** *toegelicht door* Mr. J. P. Sprenger van Eijk; *derde druk, door den Schrijver nieuw bewerkt.* In hoogstens vijf stukken zal deze uitgaaf compleet zijn. Terwijl wij ons voorstellen, het werk later meer uitvoerig te bespreken, wenschen wij voorshands slechts de aandacht er op te vestigen. Het boek begint met een commentaar op de Wet van den 9den Juli 1842 (*Stbl.* n°. 20) *op het Notaris-ambt*, zooals zij luidt na de daarin gebrachte wijzigingen; de eerste aflevering behandelt de artt. 1 tot 22 dezer wet. In doorloopend genummerde aanteekeningen worden de artikelen toegelicht uit de beraadslagingen, bij de vaststelling der wet gevoerd, uit de rechtspraak en de literatuur, een en ander tot den jongsten tijd bijgewerkt en met critische opmerkingen voorzien. Laat ons nog aanstippen, dat deze nieuwe editie ook door flink formaat en fraaie duidelijke letter een zeer gunstigen indruk maakt.

OPMERKINGEN EN MEDEDEELINGEN.

A. Wetgeving.

Frankrijk. — De wet van 11 Juli 1892 brengt eene economisch zeer belangrijke wijziging in den Code civil. Haar eenig artikel luidt aldus:

«Il est ajouté à l'art. 2280 c. civ. un paragraphe ainsi conçu: «Le bailleur qui revendique, en vertu de l'art. 2102, les meu-«bles déplacés sans son consentement et qui ont été achetés dans «les mêmes conditions, doit également rembourser à l'acheteur «le prix qu'ils lui ont coûté.»

Aanleiding tot het voorstellen dezer wijziging, die ten slotte bijna onveranderd door de beide Kamers werd goedgekeurd, vonden eenige Senatoren in de jurisprudentie, laatstelijk door de rechtscolleges gevolgd. Terwijl vroeger veelal werd geleerd en gevonnist, dat art. 2280 C. c. (ons art. 637 B. W.) ook moet worden toegepast, waar de verhuurder het voorrecht van art. 2102 C. c. (onze artt. 1186 vlg. B. W.) in rechte doet gelden — besliste het Hof van Cassatie bij arrest van 30 Oct. 1888 (Dalloz, 1889, 1, bl. 61, alwaar ook eene toelichtende noot), dat de verhuurder, die des pachters inboedel of vee van derde houders opeischt, in geen geval verplicht is, den door dezen besteden koopprijs terug te geven. Deze rechtspraak, waarvan men de juistheid niet betwistte, achtte men in hooge mate nadeelig voor het verkeer. «Zij verlamt», zoo luidt het in de Toelichting, «den handel op de jaarmarkten en veemarkten; zij verergert den toestand des pachters, en der eigenaars zelf, die den terugslag ondervinden van al wat de koopers afschrikt, vooral in die streken, waar de veefokkerij het hoofdbedrijf is van den pachter». De consequentie, zoo meende men, eischt dat de regel van art. 2280 C. c. ook hier toepasselijk verklaard wordt: de toestand des koopers is in beide gevallen dezelfde.

Aan bestrijding ontbrak het in den Senaat niet. De vrees werd uitgesproken, dat de nieuwe bepaling zou leiden tot bedriegelijke handelingen, zonder dat het den verpachter in den regel zou gelukken, de kwade trouw des koopers te bewijzen. Feitelijk zou men des verhuurders voorrecht zoo goed als opheffen. Ter

verdediging beriep men zich op de volkomen analogie met art. 2280 en vooral op «l'idée absolument dominante, l'idée maitresse de la sécurité des conventions».

Duitschland. — Onder de wetten en verordeningen van den laatsten tijd vermelden wij:

de wet van 6 April 1892 over het *Telegraafwezen* van het Duitsche Rijk;

de wet van 10 April 1892 tot wijziging der wet van 15 Juni 1883 op de *verzekering der arbeiders tegen ziekte.* Met het oog op de talrijkheid der aangebrachte veranderingen is de tekst der wet, zooals deze thans luidt, door den Rijkskanselier openbaar gemaakt;

de wet van 20 April 1892 betr. den *Verkehr mit Wein, weinhaltigen und weinähnlichen Getränken.* Deze wet noemt een aantal stoffen, die niet gevoegd mogen worden bij wijn, wijnhoudende of op wijn gelijkende dranken, bestemd om te dienen als voedings- of genotmiddel. Wie opzettelijk dit verbod overtreedt, of wijnen, waarbij dergelijke stoffen gemengd zijn, verkoopt of te koop aanbiedt, wordt gestraft met gevangenisstraf tot zes maanden en geldboete tot 1500 Mark, te zamen of afzonderlijk. Op dezelfde handelingen, door nalatigheid gepleegd, staat geldboete tot 150 Mark. De dranken kunnen worden verbeurd verklaard. Verder noemt de wet in § 3 verschillende bewerkingen die *niet*, in § 4 eénige operatiën die *wel* zullen worden beschouwd als vervalsching of namaak van wijn in den zin van § 10 der wet van 14 Mei 1879 *betr. den Verkehr mit Nahrungsmitteln u.s.w.*;

de *Postordnung* voor het Duitsche Rijk van 11 Juni 1892, door den Rijkskanselier uitgevaardigd op grond van § 50 der Duitsche Postwet, met afschaffing van de herhaaldelijk gewijzigde *Postordnung* van 8 Maart 1879. Volgens het aangehaalde artikel der Postwet gelden de bepalingen van dit Reglement als bestanddeelen van de overeenkomst tusschen de post en den afzender, resp. den reiziger. In 71 voor een deel zeer uitvoerige paragraphen vindt men hier bijeen alle voorschriften omtrent het postvervoer, die voor het publiek van belang zijn.

Twee wetsontwerpen, onlangs bij den Rijksdag aanhangig gemaakt, strekken beide tot bescherming van «zwakke contractanten». Zij treffen den woeker en de afbetalingsovereenkomsten.

Het Ontwerp op den *woeker* geeft uitbreiding aan de bepalingen

van het *Gesetz betr. den Wucher*, van 24 Mei 1880, en de daarbij ingevoerde §§ 302*a*—302*d* van het Strafwetboek. Allereerst wordt voorgedragen eene aanvulling van § 302*a*, welk artikel dengene strafbaar stelt, die, misbruik makende van den nood, de lichtzinnigheid of de onervarenheid van een ander, zich bij eene geldleening bovenmatige vermogensvoordeelen laat toestaan of beloven. Met geldleening zal thans worden gelijkgesteld elke andere tweezijdige rechtshandeling, met dezelfde economische bedoeling aangegaan. — Zeer belangrijk is de nieuwe § 302*e*: «Gelijke straf» (d. i. gevangenisstraf van 3 maanden tot 5 jaren en geldboete van 150 tot 15000 Mark) «treft dengene, die er een beroep of gewoonte van maakt, den nood, de lichtzinnigheid of de onervarenheid van een ander misbruikend, met het oog op eene andere rechtshandeling dan de in § 302*a* genoemde, zich of een derde vermogensvoordeelen te laten toestaan of beloven, welke de waarde der praestatie zoodanig overschrijden, dat zij, naar de omstandigheden van het geval, in kennelijke wanverhouding staan tot de praestatie.» — Overeenkomsten, in strijd met dit artikel aangegaan, zijn nietig. — Als nieuwe overtreding wordt in § 367 van het Strafwetboek opgenomen: het handelen tegen de politievoorschriften omtrent het houden van openbare veilingen en tegen die omtrent het toedienen van sterken drank vóór en bij openbare veilingen. — Eindelijk wordt nog bepaald, dat hij, die er zijn beroep van maakt, geld- of crediet-operatiën te verrichten, aan dengene, met wien hij te dier zake in handelsbetrekking staat, telkens binnen drie maanden na afloop van ieder kalenderjaar eene volledige rekening-courant over de nog hangende zaken moet mededeelen. Niet-naleving dezer verplichting wordt gestraft met geldboete of hechtenis, terwijl bovendien de overtreder zijne aanspraak op rente over het afgeloopen jaar verliest ten aanzien van de handelingen, welke in de rekening moesten zijn opgenomen.

Het Ontwerp op de *afbetalingscontracten* bevat in hoofdzaak de volgende bepalingen. Wanneer bij verkoop eener aan den kooper overgegeven roerende zaak, waarvan de koopprijs in termijnen moet worden voldaan, de verkooper heeft bedongen, dat hij de overeenkomst zal kunnen te niet doen in geval de kooper zijne verplichtingen niet nakomt, dan is de kooper, zoo dit recht van tenietdoening wordt uitgeoefend, bevoegd, tegen teruggave der zaak restitutie te verlangen van de door hem betaalde termijnen. De verkooper heeft alleen aanspraak op schadeloosstelling wegens zoodanige beschadiging der zaak, waarvoor

de kooper verantwoordelijk is, alsmede op eene behoorlijke vergoeding voor het gebruik der zaak door den kooper. Alle tegenstrijdige bedingen zijn nietig, evenals afspraken omtrent het bedrag der genoemde vergoeding, vóór de uitoefening van het ontbindingsrecht gemaakt. De rechter is volkomen vrij bij de bepaling van het bedrag der vergoeding. Heeft de kooper, wegens niet-vervulling der op hem rustende verplichtingen, volgens overeenkomst eene straf verbeurd, doch deze nog niet betaald, zoo kan hij, wanneer die strafbepaling onevenredig hoog is, van den rechter vermindering tot een behoorlijk bedrag verkrijgen. De afspraak, dat de geheele schuld opeischbaar wordt, wanneer de kooper zijne verplichting niet nakomt, is alleen geldig voor het geval, dat de kooper met twee of meer op elkander volgende termijnen in gebreke blijft en het bedrag, waarvoor hij in gebreke is, ten minste een tiende gedeelte van den koopprijs beloopt. — Deze bepalingen zijn analoog toepasselijk op handelingen, die strekken om het doel van een afbetalingscontract in een anderen juridieken vorm te bereiken, in het bijzonder door afstand van de zaak in huur. De wet vindt geene toepassing, wanneer de kooper als koopman is ingeschreven in het handelsregister.

Bij den Rijksdag is ingediend een Ontwerp van wet, tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, van de Wet op de Rechterlijke Organisatie, en van de Wet van 5 April 1888 omtrent de behandeling van strafzaken met gesloten deuren (*Rechtsgel. Mag.*, 1888, bl. 485).

De wijzigingen in het Strafwetboek betreffen de §§ 180, 181 en 184. De straf tegen koppelarij (§ 180) wordt verscherpt, doordien het minimum der gevangenisstraf tot 1 maand verhoogd en eene (voor den rechter facultatieve) geldboete tot 6000 Mark daaraan toegevoegd wordt. Straffeloos verklaard wordt het verhuren van woningen aan vrouwen, die als geprostitueerden onder toezicht der politie staan, wanneer het geschiedt met inachtneming der daaromtrent uitgevaardigde voorschriften. Het begrip der gequalificeerde koppelarij (§ 181) ondergaat eene uitbreiding, terwijl ook hier, naast gevangenisstraf, geldboete als straf wordt opgenomen. Eene nieuwe § 181*a* is gericht tegen de *Zuhälter*. De bepaling van § 184, over het verkoopen enz. van onzedelijke geschriften, wordt uitgestrekt tot de personen, die zoodanige geschriften ter verspreiding vervaardigen of, met het doel ze te verspreiden, in voorraad hebben. Verder wordt daarin strafbaar gesteld het aanknoopen van ontuchtige betrekkingen door aan-

kondiging in gedrukte stukken en het openlijk ten toon stellen van afbeeldingen, welke, zonder ontuchtig te zijn, door grove schennis van het eerbaarheids- en zedelijkheids-gevoel ergernis kunnen verwekken.

In het Algemeene deel van het Strafwetboek wordt de rechter gemachtigd, bij veroordeeling tot tuchthuis- of gevangenisstraf, wanneer de daad getuigt van bijzondere ruwheid of onzedelijkheid des daders, eene verscherping der straf te bevelen, ten hoogste voor den duur der eerste zes weken. Die verscherping bestaat daarin, dat de veroordeelde eene harde legerstede krijgt en, als voedsel, water en brood.

Eindelijk zal de rechter, ook indien de behandeling der zaak niet met gesloten deuren heeft plaats gehad, kunnen verbieden, dat in het openbaar mededeeling worde gedaan van het verhandelde of van enkele gedeelten daarvan, wanneer gevaar voor de openbare zeden is te duchten.

Zwitserland. — Door den Bondsraad is aan de Bondsvergadering op 25 Oct. 1892 toegezonden een Ontwerp van eene bondswet betreffende het vervoer op spoorwegen en stoomschepen, met toelichting.

Internationale Wetgeving. — De Internationale overeenkomst omtrent het goederenvervoer op spoorwegen, te Bern 14 Oct. 1890 gesloten, werd in *Nederland* goedgekeurd bij eene wet van 18 Juni 1892, *Stbl.* n°. 145, in *Oostenrijk* bij eene wet van 27 Oct. 1892 (R. G. Bl. 1892, bl. 241).

Door de gevolmachtigden van de Regeeringen der bij de overeenkomst betrokken Staten (Nederland, België, Duitschland, Frankrijk, Italië, Luxemburg, Oostenrijk-Hongarije, Rusland en Zwitserland) zijn de bewijzen van ratificatie den 30sten Sept. 1892 aan den Minister van Buitenlandsche Zaken van Zwitserland overhandigd. Krachtens art. 60 der Overeenkomst is deze 1 Jan. 1893 in werking getreden, zoodat de internationale rechtseenheid omtrent het spoorweg-goederen-vervoer voor de voormelde Staten thans een voldongen feit is.

Bij de aangehaalde wet van 18 Juni 1892 is gevoegd een afdruk der overeenkomst, in de Duitsche en in de Fransche taal, terwijl de Nederlandsche tekst is bekend gemaakt bij K. B. van 30 November 1892, *Stbl.* n°. 258.

B. Diversa.

Mr. G. DIEPHUIS †.

Den 4den November van het vorige jaar overleed te Groningen de oud-hoogleeraar G. Diephuis, op bijna 76jarigen leeftijd. In hem verliest Nederland een van de eersten, zoo niet den eerste, onder zijne rechtsgeleerden.

Na achtereenvolgens de betrekkingen van rechter te Winschoten, raadsheer te Groningen en inspecteur van het lager onderwijs bekleed te hebben, aanvaardde hij in 1859 het hoogleeraarsambt aan de Groningsche Universiteit. Hij belastte zich daar met het onderwijs in het Nederlandsche privaatrecht in zijn vollen omvang, welk vak door het vertrek van den Heer van Boneval Faure naar Leiden vacant geworden was. Als hoogleeraar bleef hij met groote vrucht en onverdroten ijver werkzaam tot September 1887, toen hij, ten gevolge van wettelijke bepalingen, wegens 70jarigen leeftijd op de meest eervolle wijze uit zijne betrekking ontslagen werd. De laatste jaren van zijn leven bracht hij ambteloos, maar niet werkeloos voorwaar, te Groningen door.

De voorname plaats onder de Nederlandsche juristen van deze eeuw, waarop Diephuis onbetwistbare aanspraak heeft, verwierf hij zich door zijne geschriften: door zijne beide groote werken over het Burgerlijk recht, door zijne handboeken voor het Burgerlijk en voor het Handelsrecht, en door de tallooze opstellen, verschenen in de beide door hem met Mr. A. Oudeman geredigeerde tijdschriften: *Opmerkingen en Mededeelingen betreffende het Nederlandsche Regt*, 17 dl., 1845—1867, en *Tijdschrift voor het Nederlandsche Regt*, 8 dl., 1868—1875.

Uit den omvang van deze geschriften blijkt eene werkkracht, zooals zij slechts aan zeer weinige bevoorrechten geschonken wordt; uit hun inhoud een eerlijk en eenvoudig gemoed naast een doordringend en veelomvattend verstand. Van frases had hij een welgemeenden afkeer, gelijk van elk vertoon van geleerdheid; niemand liep minder dan hij gevaar zich door eene frase, van zich zelf of van anderen, het klare, heldere inzicht in de zaken te laten verduisteren. Vandaar zijne, vooral in de laatste deelen van *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt* aan den dag tredende, afkeuring van elk beroep op het Romeinsche recht. Vandaar ook zijn achterdocht tegen de historische beschouwing van eenige rechtsinstelling, zoodra deze nl. zou moeten dienst doen bij de uiteenzetting van het thans geldende Nederlandsche recht.

Misschien overdreef hij in dit opzicht, en heeft onder die overdrijving de waarde van zijn werk geleden.

Gelukkig echter wordt dit gebrek veel meer dan opgewogen door Diephuis' omvangrijke kennis van dat geldende Nederlandsche recht, in het bijzonder van het privaatrecht en van al die deelen van het publiekrecht, die met het privaatrecht in nauwer verband staan. Hij overzag dit gansche groote gebied, zooals geen ander. Het stond hem op elk oogenblik in zijn ganschen omvang klaar voor den geest als een samenhangend geheel. Niemand die, zoo goed als hij, bij het onderzoek van een enkel punt van recht in rekening wist te brengen, wat bij de beoordeeling in aanmerking genomen moest worden, al was het misschien in een afgelegen hoek verscholen. En zijn kennis was kennis van de ware soort. Diephuis heeft de geschriften van de schrijvers over den Code civil en die van enkele der beste Duitsche schrijvers gekend en voortdurend geraadpleegd. Zonder deze voorgangers had hij voor het Nederlandsch burgerlijk recht niet kunnen doen, wat hij er voor gedaan heeft; dit spreekt van zelf. Doch overal behoudt hij tegenover die schrijvers zijne zelfstandigheid. Hij cijfert hunne beweringen na en sluit zich bij hunne conclusie aan, eerst nadat hij er zelf te land gekomen is. Nooit ontgaat het hem, indien eene eigenaardigheid van het Ned. recht eene afwijkende conclusie noodzakelijk maakt. In één woord, hoe zeer ook steunende op hetgeen vóór hem door anderen werd gedaan, Diephuis' rechtskennis was niet overgenomen, maar zelf verworven. Hoe beter men zijne geschriften leert kennen, des te meer waardeert men den Schrijver niet alleen als veelweter, maar ook als origineel denker. Het is alsof men door langdurig gebruik aan den dikwijls te weinig meeslependen en opwekkenden vorm gewend moet zijn, om de juistheid en veelal de diepzinnigheid van den inhoud te waardeeren. Merkwaardig is het in dit opzicht, dat Opzoomer eerst in zijn latere werk getoond heeft, de hooge waarde van Diephuis te vatten.

De plaats, door het werk van Diephuis thans ingenomen bij de practische en de theoretische behandeling van ons privaatrecht, is aan ieder jurist bekend. In de practijk is het *de* autoriteit en onmisbaar bijna evenzeer als het Wetboek zelf; het zal wel uitzondering zijn, indien naast Diephuis en de door hem aangehaalde schrijvers nog andere geraadpleegd worden. Wat Voet en Huber waren voor de Hollandsche en Friesche practijk van de 18[de] eeuw, wat Blackstone is voor

de Engelsche, wat Marcadé, Demolombe zijn voor de Fransche, dat is thans Diephuis voor onze practijk; geen onzer schrijvers kan in dit opzicht zelfs in de verte met hem vergeleken worden. De deugden en de gebreken van onze burgerlijke rechtspraak zijn voor het grootste deel zijne deugden en zijne gebreken. En wanneer gelukkig de laatste verre overtroffen worden door de eerste, dan danken we dit in de eerste plaats hem.

Maar ook in onze dogmatische rechtsbeoefening heeft Diephuis thans de leiding. Zijn werk vormt zoowel bij de behandeling van bijzondere punten als in de meer omvattende beschouwingen het uitgangspunt; de vragen, door hem samengevoegd of gescheiden, hebben veel kans samengevoegd of gescheiden te blijven. Bij alle verschil in de bijzonderheden blijft toch veelal het systeem van behandeling dat, hetwelk Diephuis aangaf.

Practijk en theorie kunnen eene meer levendige, volledige, gedetailleerde, eene beter samengestelde beschrijving van het Nederlandsche recht, dan die welke het Wetboek biedt, niet missen. Enkelen onzer beste juristen hebben getracht, of trachten nog, in deze behoefte te voorzien, maar niemand hunner is daarin zoo goed geslaagd als Diephuis, hoezeer elk van hen misschien in sommige opzichten boven dezen uitmunte. Diephuis is de man, en het laat zich aanzien, dat hij dit nog lang zal blijven.

Utrecht, Januari 1893. H.

Mr. P. VAN BEMMELEN †.

Een der ijverigsten onder hen, die in ons land arbeiden op het veld der rechtswetenschap, is heengegaan. Nadat hij nog weinige dagen te voren had deelgenomen aan de werkzaamheden van den Hoogen Raad, stierf Mr. P. van Bemmelen, den 19den December 1892, ten gevolge van eene korte doch hevige ziekte.

In 1850 te Leiden gepromoveerd, was van Bemmelen achtereenvolgens lid der Arrondissements-rechtbanken te Alkmaar, Nijmegen en Leiden, tot hij, in 1875, zitting nam in eene der destijds door de Egyptische Regeering ingestelde «gemengde rechtbanken». Na een vijfjarig verblijf aan de boorden van den Nijl in het vaderland teruggekeerd, werd hij aldra benoemd tot raadsheer in het Gerechtshof te Arnhem, welk ambt hij bekleedde tot hij, bij Z. M.'s Besluit van 14 Maart 1890, werd geroepen, den raadheerszetel in den Hoogen Raad in te nemen, dien het overlijden van Mr. Hingst had opengelaten.

Waar en in welke betrekking ook geplaatst, vond van Bem-

melen tijd en lust tot wetenschappelijk onderzoek. De vruchten daarvan zijn neergelegd in eene breede rij geschriften, die getuigen van groote geleerdheid en oorspronkelijkheid, evenzeer als van nauwelijks geëvenaarde werkkracht. Om slechts enkele te noemen, herinneren wij aan *le système de la propriété mobilière, droit antérieur, système du Code civil, droit futur* (Leide et Paris, 1887) en aan *les notions fondamentales du droit civil*, in 1892 gedrukt in de *Verhandelingen der Koninklijke Akademie van Wetenschappen te Amsterdam*. Talloos zijn verder de tijdschrift-artikelen, waarin v. B. onderwerpen van den meest verschillenden aard behandelde. Geen enkel deel der rechts- en staatswetenschap bleef daarbij onaangeroerd; privaatrecht, strafrecht, staatsrecht, staathuishoudkunde en wat niet al meer werd door hem bearbeid. Een denkbeeld van zijne omvattende en veelzijdige werkzaamheid geven de *Regtsgeleerde Opstellen* (Leiden, 1891, 2 deelen, door ons aangekondigd: *Rechtsgel. Mag.*, 1891, bl. 409 en 1892, bl. 276), eene verzameling van studiën uit de jaren 1885—1890, oorspronkelijk in weekbladen en tijdschriften verschenen. Ook ons *Magazijn* mocht een en ander maal opstellen van zijne hand publiceeren. Eene beschouwing over art. 415 B. W. werd nog opgenomen in onze laatste aflevering (*Rechtsgel. Magazijn*, 1892, bl. 494); met de staatsrechtelijke bijdrage in het jongste *Themis*-nummer vormt zij het laatste, dat van Bemmelen in het licht zond.

In zijne vele werken doet van Bemmelen zich kennen als een onafhankelijken geest, die, zich ook in het staatkundige bij geene der partijen aansluitende, steeds zijn eigen weg ging. Vandaar dat hij, met name op het gebied van het privaatrecht, nu eens kwam tot zeer vèr reikende, radicale conclusies, dan weder zich, wat men zou kunnen noemen, conservatief betoonde, al naar gelang van het onderwerp dat hem bezighield; maar steeds was het zijne wetenschappelijke, door onverpoosde studie verkregen overtuiging omtrent de beste regeling van het behandelde onderwerp, welke hem die conclusies dicteerde, zonder aanzien van heerschende meeningen of van wat in zijne oogen heerschende vooroordeelen waren. Vaak kwam hij daardoor in strijd met die meeningen; maar ook wanneer hij alleen stond, moest men steeds eerbied hebben voor den ernst van zijn streven. Midden in den arbeid is hij ontrukt aan zijne betrekkingen en aan den Staat, die roem mocht dragen op een zoo bekwamen magistraat. In onze rechtswetenschap en literatuur veroorzaakt zijn heengaan eene voelbare leemte.

Mr. C. H. B. BOOT †.

Den 5den November 1892 overleed te 's Gravenhage, in den ouderdom van ruim 79 jaren, Mr. C. H. B. Boot, oud-burgemeester van Amsterdam, oud-minister van justitie (1858—1860) en oud-lid van den Raad van State (1862—1888). Hij maakte ook deel uit van de in 1867 ingestelde Staatscommissie «voor de herziening der wetgeving op de eigendomsoverdracht, het hypotheekstelsel en het notariaat», waarvan hij tevens voorzitter was.

In de Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging, jg. 1870, is opgenomen een praeadvies van zijne hand over de vraag: «of en in hoever in strafzaken hooger beroep moet worden toegelaten, aangenomen dat vooralsnog van rechtspraak door gezworenen geen sprake is?» Overigens trad Boot als schrijver zelden op.

Als Minister was het hem niet vergund, veel tot stand te brengen, al ontbrak het hem geenszins aan ijver en bekwaamheid. Bekend is zijn Ontwerp van eene nieuwe rechterlijke inrichting, een van de vele! Het werd door hem ingetrokken na afstemming door de Tweede Kamer van het artikel, houdende opdracht van het hooger beroep in burgerlijke zaken aan den Hoogen Raad.

In den bundel *Levensberichten der afgestorven medeleden van de Maatschappij der Nederlandsche Letterkunde*, onlangs als Bijlage tot de Handelingen van 1892 verschenen, worden drie van onze landgenooten herdacht, wier arbeid, zij het op verschillende wijze, ten nutte heeft gestrekt van de rechtswetenschap.

Vooreerst wordt door Prof. H. Kern een levensbericht gegeven van Mr. L. A. J. W. Baron Sloet van de Beele. Wie het nog niet wist, kan uit de breede «lijst der uitgegeven geschriften» zien, hoe menig maal Sloet, bij zijne geliefkoosde historische onderzoekingen, trad op het gebied der vaderlandsche rechtsgeschiedenis.

Mr. J. L. G. Gregory wordt herdacht door Jhr. Mr. G. J. Th. Beelaerts van Blokland. Bijzonder valt hier de nadruk op Gregory's twee-en-twintigjarige werkzaamheid als Advocaat-Generaal bij den Hoogen Raad der Nederlanden (1845—1868). Volgens het getuigenis van alle bevoegde beoordeelaars vervulde hij dit ambt op uitnemende wijze; zijne conclusiën oefenden grooten invloed op de uitspraken van onzen hoogsten rechter.

Aan Dr. G. A. Wilken eindelijk is eene hoog waardeerende studie gewijd door zijn ambtgenoot Prof. M. J. de Goeje. Aan Wilken's zeldzame verdiensten tegenover de vergelijkende rechtswetenschap werd ook in dit tijdschrift hulde gebracht (zie *Rechtsgel. Mag.*, 1891, bl. 567 v.).

Het *Instituut van internationaal recht* heeft van 5—10 September jl. zijne veertiende vergadering gehouden te Genève, onder voorzitting van het aldaar woonachtige lid G. Moynier. Tot eere-voorzitter werd benoemd de aftredende secretaris-generaal G. Rolin-Jaequemyns. De heeren R. Hart, inspecteur-generaal van de invoerrechten ter zee van het Keizerrijk China, Lambermont, Secretaris-generaal aan het Departement van Buitenlandsche Zaken te Brussel, werden gekozen tot eereleden; de associé's Aubert, hoogleeraar te Christiania, Harburger, hoogleeraar te Munchen, en Reay, oud-gouverneur van Bombay, tot leden; de H.H. E. Banning, directeur der archieven aan het Ministerie van Buitenlandsche Zaken te Brussel, L. Beauchet, hoogleeraar te Nancy, Descamps, hoogleeraar te Leuven, Leech, hoogleeraar te Dublin, Matzen, hoogleeraar te Kopenhagen, Sieveking, voorzitter van het Hanzeatisch Gerechtshof te Hamburg, en R. Vincent, redacteur van de courant *le Droit*, tot leden.

De vergadering hield zich onledig met de volgende onderwerpen:

1°. *Regels, met het oog op conflicten van wetten, te stellen in het belang van meerderjarige vreemdelingen, die buiten staat zijn, zelf hunne belangen te behartigen.* Door eene commissie was een ontwerp van eene regeling der conflicten van wetten rakende de handelingsonbevoegdheid (interdictie) samengesteld. Dit ontwerp is na beraadslaging en artikelsgewijze behandeling naar die commissie gerenvoyeerd.

2°. *Herziening van de artikelen 13 en 14 van de Besluiten van Oxford, betreffende de uitlevering* (voorstel van A. Rolin). Deze artikelen hebben betrekking op politieke misdrijven. De behandeling leidde tot aanneming van vier nieuwe artikelen in plaats van de genoemde.

3°. *Toelating en uitzetting van vreemdelingen.* Omtrent dit onderwerp werd na uitvoerige beraadslaging en met verschillende wijzigingen een ontwerp-regeling, in acht artikels, van den Heer v. Bar aangenomen.

4°. *Onderzoek van de middelen, waardoor eene meer algemeene, spoediger en meer eenvormige openbaarmaking*

der tractaten en overeenkomsten tusschen verschillende Staten zou kunnen worden verkregen. Vastgesteld werd een voorloopig Ontwerp van eene overeenkomst betreffende de oprichting van eene internationale vereeniging ter openbaarmaking van de tractaten, benevens een Ontwerp-reglement voor een ter uitvoering dier overeenkomst op te richten internationaal bureau.

5°. Een voorstel van den heer Rolin-Jaequemyns *om aan het Instituut een vasten zetel in Zwitserland te geven en om rechtspersoonlijkheid aan te vragen.* Besloten werd, dit voorstel naar eene commissie te verwijzen.

De volgende vergadering zal in 1894 worden gehouden. Een uitvoerig verslag der Geneefsche vergadering is opgenomen in de *Revue de droit international*, 1892, bl. 490—545.

Evenals in vorige jaren (zie laatstelijk *Rechtsg. Mag.*, 1892, bl. 105) wenschen wij de aandacht te vestigen op de *Discours*, door de Belgische Procureurs-Generaal in de *audiences solennelles de rentrée* gehouden, en wel op 1 Oct. 1892; ze zijn afgedrukt in *La Belgique judiciaire*, nrs. 80, 81/82, 83 en 90/91.

Bij het Hof van Cassatie werd ditmaal het woord gevoerd door den Eersten Advocaat-Generaal, den Heer Mélot, die tot onderwerp koos: *les lenteurs de l'administration de la justice civile.* Opmerkelijk genoeg is het verschijnsel, dat in onze dagen de rechtsgang even langzaam is als in den tijd der trekschuiten. Geenszins kan men verouderd noemen hetgeen Montesquieu sprak in 1725: «il faut que la justice soit prompte. Souvent l'injustice n'est pas dans le jugement, elle est dans les délais. Dans la constitution présente, c'est un état que d'être plaideur». Nog steeds geldt, dat «les lenteurs judiciaires s'opposent à l'exacte application de la justice». Sedert in 1383 eene Ordonnantie werd uitgevaardigd *sur l'abréviation des procès*, zijn telkens pogingen aangewend om het kwaad te stuiten. Toch woekert het voort. Als een voorbeeld vermeldt de Heer Mélot, dat twee processen, in 1879 ontstaan, eerst in 1892 kwamen bij het Hof van Cassatie, waar het eene werd beslist, doch het andere alleen werd beeindigd voor zoover betreft eene vraag van bevoegdheid! Welke de oorzaken zijn van dien bedroevenden toestand? Om enkele daarvan te noemen, schetst de Spreker den invloed van de onnoodig lange termijnen — bijv. voor het dagvaarden van buiten 's lands wonende verweerders en voor het aanteekenen van hooger beroep en cassatie —; hij beschrijft de eindelooze vertragingen,

waartoe het onderzoek door deskundigen aanleiding kan geven; hij wijst met nadruk op de vele geschillen, die uit de regeling der rechterlijke competentie voortspruiten en een tweede geding enten op het eerste. Doch vooral stelde hij zich ten doel, nog eens weder op te wekken tot bestrijding van een euvel, «trop grand pour échapper à la vue, trop cruel pour ne pas éveiller la pitié».

Bij de Gerechtshoven gaf de Brusselsche Procureur-Generaal van Schoor eene door geestige opmerkingen gekruide geschiedkundige verhandeling over de *basoche*, dat eigenaardige gild der *clercs du Palais*, hetwelk in de zestiende eeuw zijn grootsten bloei bereikte, doch met de groote Revolutie verdween. Bij het Hof te Luik besprak de Procureur-Generaal Detroz opnieuw een onderwerp uit den Belgischen *Code rural*, nam. des burgemeesters taak met betrekking tot de landelijke politie. Te Gent werd de plechtigheid opgeluisterd door eene rede van den Heer Hynderick, welke in deze zelfde aflevering door Prof. van Boneval Faure uitvoerig is besproken (zie hierboven, bl 68 vlg.).

Omtrent de voor fondsenhouders niet onbelangrijke vraag, of een schuldenaar, die, nà de uitloting van eene door hem uitgegeven obligatie, voortgaat aan den houder daarvan de coupons te betalen, het recht heeft het bedrag dier nà de uitloting betaalde coupons van de hoofdsom der obligatie af te houden bij gelegenheid van de inlossing daarvan, werden door ons indertijd verschillende beslissingen van Fransche rechterlijke colleges medegedeeld (zie *Rechtsgel. Magazijn*, 1886, bl. 273; 1888, bl. 134; 1889, bl. 624). Dezelfde vraag werd in het afgeloopen jaar onderworpen aan het oordeel van de Rechtbank van Koophandel te Luik. In haar vonnis van Dec. 1892 geeft zij eene eigenaardige beslissing. Zij neemt aan, dat er nà de uitloting geen interest meer verschuldigd was, dat deze onverschuldigd werd betaald, hetzij uit dwaling of uit onoplettendheid, en derhalve kan worden teruggevorderd. Maar aan den anderen kant verkreeg de obligatiehouder op het oogenblik der aflosbaarstelling recht op het kapitaal; de schuldenaar hield dus onder zich gelden, aan een ander toebehoorende; hij mag die improductief laten en zoo voor den schuldeischer bewaren, maar ook, handelende als *negotiorum gestor*, er vruchten van trekken.

Dit doende wordt hij echter rekenplichtig jegens den eigenaar, wien hij alle aldus door het kapitaal voortgebrachte renten

heeft te verantwoorden. Op deze gronden komt de rechtbank tot de slotsom, dat er termen zijn om den schuldenaar in elk zich voordoend geval te bevelen, het gebruik, dat hij van de in zijne handen gebleven gelden sedert de uitloting heeft gemaakt, aan te toonen; hij heeft te bewijzen, dat hij daarvan geen vruchten heeft getrokken, of wel de getrokken vruchten te verantwoorden en het bedrag daarvan uit te keeren.

Terecht merkt de *Moniteur des intérêts matériels* (19 Jan. 1893, n°. 6), waaraan wij dit bericht ontleenen, op, dat deze beslissing feitelijk neerkomt op aanneming van het beginsel, dat aftrek der betaalde coupons niet geoorloofd is. Immers niet licht zal er eene bank worden gevonden, die de in hare handen zich bevindende kapitalen improductief laat. «Et ce résultat serait conforme l'équité» lezen wij verder; vroeger dacht de *Moniteur* er wel eens anders over (zie *Rechtsgel. Mag.*, 1886, bl. 273). Zij geeft thans aan de schuldenaren van obligaties den met het oog op de gevallen beslissing practischen wenk, het bedrag der nà uitloting niet opgevorderde kapitalen in de consignatiekas te storten. De renten, die de consignatiekas uitkeert, zullen dan de gemakkelijk aanwijsbare vruchten zijn, die den obligatiehouder moeten worden verantwoord.

In een geschil omtrent de echtheid van een olographisch testament gaf onlangs het Hof van Toulouse eene hoogst opmerkelijke uitspraak (Arrest van 14 Nov. 1892, *Belg. Jud.* 1893, kol. 37). De eischers verlangden van den notaris, bij wien de uiterste wil was in bewaring gegeven, een photographischen afdruk daarvan, welke door den notaris werd geweigerd. Die weigering verklaart het Hof ongegrond, aangezien de belanghebbenden recht hebben op een afschrift der akte en nergens in de wet staat, dat dit juist eene geschreven kopie zoude moeten zijn. Het Hof overweegt, «dat men ten onrechte tegenwerpt, dat de minuut door de partijen en de rechters kan worden geraadpleegd; dat toch deze raadpleging ten kantore van den notaris voor partijen, deskundigen en rechters ongeriefelijk is; dat ook de nederlegging ter griffie of de vertooning door den notaris zelf ter terechtzitting de raadpleging niet gemakkelijk genoeg maakt; dat daarentegen de photographie uitstekende diensten kan bewijzen bij de debatten over des erflaters bekwaamheid ....» De beslissing luidt, «dat de eischers worden gemachtigd, voorloopig op hunne kosten, door den photograaf M. een photographischen afdruk te doen vervaardigen van het testament; dat die bewerking zal geschieden

in het kantoor van den notaris of, indien het licht daar niet voldoende is, op de aangrenzende binnenplaats, in tegenwoordigheid van den notaris, die de minuut niet uit handen zal geven, daar het voldoende zal zijn, wanneer hij ze plaatst op een ezel, op zoodanige wijze als hem zal worden aangegeven; dat er zullen worden genomen 25 afdrukken, welke de notaris zal voorzien van zijne handteekening, ten blijke dat ze in zijne tegenwoordigheid aldus zijn verkregen; dat daarna de plaat door den photograaf zal worden vernietigd.» — Eenige jaren geleden had het Hof te Gent geweigerd, dergelijken zeer practischen maatregel te verordenen (Arrest van 29 Juni 1889, *Belg. Jud.* 1889, kol. 915).

Nog eene uitspraak over een olographisch testament! Het Hof te Parijs verklaarde zoodanigen uitersten wil nietig, op grond dat in de dagteekening: *Paris, le* 9 *février* 1889, de woorden *Paris, le* en de cijfers 188 waren gedrukt, en niet geschreven met de hand des erflaters: deze had zich namelijk voor zijn testament bediend van een vel postpapier met gedrukt hoofd (Arrest van 5 Aug. 1892, *Belg. Jud.* 1893, kol. 5).

In het tijdschrift der *Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* (Bd. 13, Germ. Abth., bl. 228 vlg.) deelt R. Steig twee door hem ontdekte brieven mede, in 1814 door Achim von Arnim aan zijn zwager von Savigny gericht, naar aanleiding van diens toen verschenen werk: *vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.* Arnim was, hoewel hij zich met het recht had beziggehouden, geen jurist van beroep. Doch hij behoorde tot de ontwikkeldste mannen van zijn tijd. Zijn oordeel over Savigny's beroemd strijdschrift is ook thans, na tachtig jaren, nog in hooge mate belangwekkend. Wij ontleenen daaraan enkele zinsneden. Arnim verwijt aan Savigny, dat deze niet genoeg rekening houdt met de practische behoefte aan wetboeken in algemeen verstaanbaren vorm. «En nu wil ik toch vragen, hoe men anders zou hebben kunnen bereiken, dat in Pruisen zelfs de boer het rechtswezen niet meer, gelijk in Hessen, aanziet voor eene geheimzinnige geestenbezwering of voor een hazardspel, maar dat hij het houdt voor iets eerlijks en waardigs, dat hij zich gaarne de plaatsen in het Landrecht laat aanwijzen en zich daardoor bijna altijd van dwaze processen laat terughouden. Toon hem eens het beste handboek over Romeinsch recht met Latijnsche en letterkundige citaten, en zie, of dit dezelfde werking heeft .... Het Landrecht was voor

ons volk, ten aanzien van het recht, even gewichtig als Luther's Bijbelvertaling op ander gebied; noch de Bijbel noch het Wetboek worden eigenlijk door het volk gelezen, maar beide worden nageslagen; daartoe kan ieder komen, en deze toestand is ook voor het overige Duitschland gewenscht». De vraag, hoe deze verschijnselen aan Savigny onbekend konden blijven, beantwoordt Arnim aldus: «Gij zijt nog een vreemdeling; Gij kent het Landrecht alleen, zooals het in eene door en door verfijnde en versufte stad als Berlijn door luie en ongeschikte advocaten wordt behandeld; de kern van onzen Staat vindt Gij op het platteland en in de kleine steden, die Gij niet kent; daar is sedert de bekendmaking van het Landrecht oneindig veel inzicht in het recht ontstaan; terwijl vroeger allen in de macht stonden van enkele advocaten, kunnen thans talrijke volksklassen, grondbezitters, predikanten, ambtenaren, zich zelf onderrichten....» En elders heet het, kort maar krachtig: «ik verlang geene nieuwe wetgevingen, maar ik kan ze ook niet tegenhouden, waar de ontwikkeling der volken ze onophoudelijk te voorschijn roept. Ik scheld de rechtsgeleerden uit, omdat zij zich, met zekere voornaamheid, afkeeren van hetgeen de tijd eischt ....» Wij breken de aanhaling af: zij moge voldoende wezen om de overtuiging te vestigen, dat de brieven der kennisneming overwaard zijn.

Het Bestuur der Nederlandsche Juristen-Vereeniging heeft voor de algemeene vergadering, te Utrecht in Augustus 1893 te houden, aan de orde gesteld de navolgende onderwerpen:

I. Is herziening wenschelijk van het stelsel onzer wet omtrent eigendom van den grond, in de richting van het grondboek- of het Torrensstelsel of in anderen geest? Praeadviseurs de heeren Mr. P. R. Feith te 's Gravenhage, I. Boer Hzn. te Utrecht, en A. Moll te Arnhem.

II. Welke behooren de grondslagen te zijn voor de samenstelling eener algemeene politiewet, zoowel ten aanzien van de bevoegdheden als van de organisatie der politie? Praeadviseurs de heeren Mrs. H. J. Kist te Amsterdam, en J. C. Th. Heyligers te 's Gravenhage.

INHOUD VAN BINNEN- EN BUITENLANDSCHE RECHTSGELEERDE TIJDSCHRIFTEN.

Themis, dl. 53, n°. 3/4. — v. Bemmelen, beperkte en parlementaire monarchie. — Wttewaall, de burgerrechtelijke verhouding der Koningin tot haar Gemaal. — Sutro, L. 1 §§ 1—3 D. de extraord. cognition. (50, 13). — Tichelaar, interrogationes in jure. — Sickenga, bijdragen tot de geschiedenis der Nederlandsche financiën (vervolg). — Segers, eenige opmerkingen over het foenus nauticum.

Revue de droit international, dl. 24. — N°. 3. Féraud-Giraud, des recours en cassation pour violation d'une loi étrangère. — Olivi, le congrès juridique de Florence et la question du divorce. — Nys, les théories politiques en Angleterre au XVIe et XVIIe siècle. — Contuzzi, des attributions des consuls en matière notariale au point de vue de la législation italienne. — G. König †. — N°. 4. Engelhardt, considérations historiques et juridiques sur les protectorats. — Hilty, le referendum et l'initiative en Suisse. — Revon, les traités d'arbitrage permanent. — Brocher de la Fléchère, droit et morale. — N°. 5. Torres Campos, l'Espagne en Afrique. — Hilty, le referendum et l'initiative en Suisse (suite). — Rolin, compte rendu sommaire de la Session de Genève en 1892 (Institut de droit international). — N°. 6. Olivi, de la retroactivité des règles juridiques en droit international. — Lehr, coup d'oeil sur le nouveau projet de code pénal pour la République Argentine. — Nys, histoire littéraire du droit international en Belgique.

Journal du droit international privé, 19e année, nos 11/12. — Contuzzi, de la nécessité d'assurer aux étrangers le même traitement qu'aux nationaux dans la répartition des produits de la faillite. — Djuvara, de la condition des étrangers en Roumanie.

Zeitschr. f. internationales Privat- u. Strafrecht. — Bd. 2, H. 6. Mattersdorf, rechtliche Beurtheilung der Erledigung

eines Falles von Verletzung fremder Gebietshoheit. — Heimburger, Bericht über die 14. Tagung des Institut de droit international. — Bd. 3, H. 1. Inhulsen, Deutschland in praktischer Berührung mit dem Englischen Erbrecht. — Richard, die exceptio rei judicatae aus einem ausländischen Urtheile nach deutschem Reichsrecht. — Contuzzi, die Aufgabe der gerichtlichen Behörde im Auslieferungsverfahren. — Rechtsprechung (Mulder, Niederlande).

Zft. f. d. Privat- u. öffentl. Recht d. Gegenwart, Bd. 20, H. 2. — Ofner, stille Rechtsverhältnisse, mit Rücksichtnahme auf das österreich. Recht. — Hoegel, die Geltendmachung civilrechtlicher Ansprüche aus strafbaren Handlungen. — Hanel, über Begriff, Aufgabe und Darstellung der österreich. Rechtsgeschichte. — Jellinek, staatsrechtliche Erörterungen über die Entschädigung unschuldig Verurtheilter.

Archiv f. d. civilistische Praxis. — Bd. 79, H. 3. Eisele, zur Lehre von der Klagenkonkurrenz. — Pflüger, über das Wesen der Dinglichkeit. — Meyer, über das Verhältniss der rei vindicatio zur actio Publiciana. — Marcus, muss der Arrestbeschluss auch eine Entscheidung über die Kosten des Arrestverfahrens enthalten? — Der Entwurf eines bürgerl. G.B. f. d. Deutsche Reich in zweiter Lesung. Fortsetzung. Eingesandt von Mandry. — Bd. 80, H. 1. Hölder, der allgemeine Theil des Deutschen Civilgesetzentwurfes in zweiter Lesung. — Thon, die Haftpflicht des Offerenten bei Widerruf seiner Offerte. — Schirmer, Beiträge zur Interpretation von Scävolas Responsen (III). — Riccobono, die l. 5 pr. D. ad exhib. für die Willenstheorie im Besitz. — Sprenger, können die Parteien Einsichtnahme von der Urschrift des Urtheiles verlangen?

Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 41, H. 1. — Eschenbach, das Kommissionsgeschäft mit Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs. — Merfeld, zur Auslegung des Art. 101 des Hgbs. — Schaube, die pisanischen Consules mercatorum im zwölften Jahrhundert. — Patetta, ein Brief des Baldus über Wechselgeschäfte. — Rechtsquellen (Molengraaff, Niederländische Handelsgesetzgebung vom Jahre 1891).

Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswissenschaft, Bd. 13, H. 2. — Rosenfeld, der dritte internationale Kriminalanthropologen-Kongress. — Brachvogel, Zulässigkeit der reformatio in

pejus. — Gerland, die polizeiliche Strafverfügung und das darauf folgende gerichtliche Verfahren. — v. Weinrich, zur Reform des Strafprozesses und des Vertheidigerberufes. — Distel, zur Todesstrafe gegen Wilderer in Kursachsen (Archivstudie). — Scholl, das Ärgernis im deutschen Strafrecht überhaupt und in der Strafnorm gegen Thierquälerei.

Zeitschrift der Savigny-Stiftung f. Rechtsgeschichte. — Germ. Abth., Bd. 13, H. 1. Bewer, die Totschlagssühne in der Lex Frisionum. — Frommhold, Erörterungen über die Reimvorrede des Sachsenspiegels. — Huberti, der Gottesfriede in der Kaiserchronik. — Hürbin, der «Libellus de Cesarea monarchia» von Hermann Peter aus Andlau Liber II. — Nitzsch, die niederdeutsche Kaufgilde. — Miscellen (u. A.: Steig, Achim von Arnim über Savigny's Buch vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung). — Rom. Abth., Bd. 13, H. 2. Bekker, die röm. Komiker als Rechtszeugen. — Eisele, Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen (III). — Erman, Beiträge zur Publiciana (II). — Göppert, zur Fiducia cum amico contracta. — Paul Krüger, die Ueberlieferung der Adressaten in Haloanders Ausgabe des Codex Justinianus. — Kübler, Curator kalendarii. — Mommsen, zur Formel recognovi. — Pernice, Parerga (IV). — Rivier, über die Ars Notariatus von Johannes Fichard (1539). — Schlossmann, über die Proclamatio in libertatem. — Zachariä von Lingenthal, aus und zu den Quellen des röm. Rechts.

Zeitschrift f. d. vergl. Rechtswissenschaft, Bd. 11, H. 1. — Kohler, das Recht der Azteken. — Dickel, aus dem montenegrinischen Sachenrechte. — Henrici, das Volksrecht der Epheneger und sein Verhältniss zur deutschen Colonisation im Togogebiete. — Kohler, Bemerkungen zum Rechte der Epheneger.

Revue sociale et politique, 3e année, n°. 1. — Nitti, le mouvement économique et social en Italie en 1891 (suite). — Meerens, la caisse générale d'épargne et de retraite sous la garantie de l'État belge et les habitations ouvrières.

Nouvelle Revue historique du droit franç. et étr., 16e année. — N°. 1. Audibert, du curateur donné par testament au prodigue en droit romain. Essai d'explication d'un texte de Tryphoninus (D. XXVII, 10, 16). — Chénon, les marches séparantes d'Anjou, Bretagne et Poitou. — Rébouis, cou-

tumes de Goudourville en Agenais. — Saleilles, des délits et des peines en matière forestière au moyen-age dans le duché de Bourgogne. — Formule d'invocation au bras séculier par le juge d'Eglise. — N°. 2. Mispoulet, l'inscription d'Aïn-Ouassel. — Monnier, études de droit byzantin. — Chénon, les marches séparantes d'Anjou, Bretagne et Poitou (fin). — Appert, un code japonais au VIIIe siècle. — N°. 3. Saleilles, la *controversia possessionis* et la *vis ex conventu* à propos de l'interdit *uti possidetis*. — Revon, l'arbitrage international dans la civilisation grecque. — Monnier, études de droit byzantin (suite). — d'Arbois de Jubainville, l'homme de quarante nuits. — Tardif, la collection de manuscrits de M. d'Ablaing. — N°. 4. d'Arbois de Jubainville, la pignoris capio avec enlèvement immédiat et sans commandement préalable en droit irlandais, d'après le Senchus Môr. — Maynial, de quelques particularités des successions féodales dans les Assises de Jérusalem. — Colin, le droit des gens mariés dans la coutume de Normandie. — Lehr, quelques mots sur l'authenticité de la Handfeste de Berne. — N°. 5. Monnier, études de droit byzantin (suite). — Glasson, le droit de succession au moyen age. — Fournier, notes et documents sur les professeurs de droit en France. III. Alciat à Avignon et le recrutement des professeurs de droit au XVIe siècle. — Dareste, un rescrit de l'empereur Hadrien. — N°. 6. Monnier, études de droit byzantin (suite). — Denisse, recherches sur l'application du droit romain dans l'Egypte, province romaine. — Glasson, le droit de succession au moyen age (suite). — Nécrologie (Blondel, Rodolphe de Jhering; Blondel, Bernhard Windscheid).

Revue crit. de législation et de jurisprud., 41e année, nrs. 9/10. — Examen doctrinal (Planiol, jurisprudence civile). — Pascaud, du régime des sociétés par actions.

Annales de droit commercial, 6e année, n°. 6. — Thaller, de la place du commerce dans l'histoire générale et du droit commercial dans l'ensemble des sciences (fin). — Saleilles, les théories allemandes sur les droits qui, au cas de contrat synallagmatique, appartiennent à la partie poursuivie en paiement lorsque son adversaire, de son côté, n'exécute pas ses engagements.

Archivio Giuridico, Vol. 49, fasc. 4/5. — Longo, l'azione contro

il *fictus possessor* nel diritto civile romano ed italiano. — Gemma, la condizione giuridica dello straniero nel passato e nel presente. — Castori, rivista di giurisprudenza penale.

Il diritto commerciale, Vol. 10, fasc. 6. — Giannini, tariffe speciali, ritardi, ed avarie nel trasporto di merci per ferrovia. — Benfante, sulla forma del giudizio per la risoluzione dei reclami avverso il bilancio presentato dai liquidatori, e sul termine in cui tale giudizio debba essere promosso.

The New Jersey Law Journal. — Vol. 15, n°. 11. Bell, transferability of corporate stock. — Clayton, leading patent cases, IV. — Murder in the United States. — N°. 12. Lee, the whipping post and some of its uses. — Vol. 16, n°. 1. Clayton, leading patent cases, V. — Uniformity of statute laws in the United States.

ONTEIGENING TEN ALGEMEENEN NUTTE,

DOOR

Mr. H. KRABBE.

I.

Om een rechtsinstituut te leeren kennen, zal men wel in de eerste plaats de regelingen daarvan moeten raadplegen, die hier en elders zich daarvoor uitgeven. Doen wij dat ten aanzien van het instituut der onteigening ten algemeenen nutte, dan is de uitkomst van het onderzoek weinig bevredigend. Het licht, dat ontstoken wordt, doet twijfelen, of de gezochte samenhang wel te vinden is, maar het doet tegelijkertijd duidelijk uitkomen, dat alleen op het kompas van den wetgever het onteigeningsinstituut onmogelijk kan worden bepaald.

In alle landen, waarvan ik de wetgevingen naging, staat de regeling van de onteigening van onroerend goed op den voorgrond. In een enkel land, Hongarije, verkondigt de wet zelfs als een dogma: „Der Gegenstand der Enteignung kann nur eine unbewegliche Sache bilden." In Frankrijk zijn het doctrine en jurisprudentie, die hetzelfde uitspreken omtrent het werkingsgebied der Onteigeningswet van 1841. Andere landen (Nederland, België, Beieren, Italië, Saksen, Zwitserland, Pruisen en Oostenrijk) voorzien wel in de eerste plaats, door eene algemeene regeling, in de onteigening van onroerende zaken, doch bevatten ook, voor bepaalde gevallen, regelingen voor de onteigening van roerende zaken. De meeste van deze landen (Beieren, Italië, Saksen, Zwitserland, Pruisen en Oostenrijk) kennen ook onteigening van rechten op zaken, zakelijke en andere

rechten, zooals het auteursrecht, terwijl in enkele (Zwitserland, Pruisen en Oostenrijk) bij de regeling der onteigening acht wordt geslagen op het al dan niet tijdelijk gebruik der zaak.

Let men nu, bij deze verscheidenheid, nog op de beperking van verschillende wettelijke regelingen tot onteigening voor ondernemingen of publieke werken (Pruisen, Frankrijk, Zwitserland, Italië), waarvan Italië echter ook onteigening van nationale oudheden en historische monumenten en dus voor doeleinden van kunst regelt, sommige (Beieren, Hongarije) slechts voor bepaalde doeleinden onteigening toepasselijk achten, terwijl andere (Nederland, België, Saksen) in het algemeen over onteigening, ten algemeenen nutte, soms met weglating van dit laatste, handelen, dan zal men toegeven, dat in hetgeen de wetgever omtrent de onteigening bepaalt geen eenheid van opvatting is te onderkennen [1]).

---

[1]) Ziehier een kort overzicht der bronnen tot toelichting van het in den tekst meegedeelde. De toestand in *Nederland* kan als bekend worden ondersteld. De aangehaalde *Hongaarsche* wet is van 1881, § 9 van het XLIe wets-artikel van het jaar 1881 (*Landesgesetz-Sammlung*, bl. 427). De *Belgische* Constitutie (art. 11) handelt, evenals de onze, alleen over onteigening van eigendom en verwijst naar de wet tot vaststelling van de gevallen van openbaar nut waarin, en de wijze waarop, de onteigening zal plaats grijpen. Een Code dier wetten heeft Edmond Picard (*Traité général de l'expropriation*, 1875) gegeven. Ook de *Beiersche* Constitutie maakt, in § 8 van titel IV, van de onteigening alleen melding als afstand van privaateigendom. De wet van 1837 regelt echter alleen de onteigening van „unbewegliches Eigenthum". Zij beschouwt het vestigen van een servituut als onteigening, doch de eigenaar kan vorderen, dat zijn goed zelf worde onteigend (Commentaar op die wet van B. Hartmann, 1879). Naast de algemeene wet van 1837 staan nog enkele wetten voor speciale gevallen (t. a. p., bl. 15), waaronder er zijn, die ook onteigening van rechten op zaken regelen. Art. 29 der *Italiaansche* Grondwet handelt over de onteigening als eene cessie van eigendommen. De wet, waarnaar de Grondwet verwijst, is die van 25 Juni 1865 (Commentaar van Sabbatini, 2e ed., 1890). Zij heeft vooral onteigening van onroerend goed op het oog, ofschoon bij de behandeling der wet (t. a. p., bl. 107)

Waar de Grondwet de onteigening in min of meer be-

---

werd opgemerkt, dat in beginsel alle zaken, roerende of onroerende en lichamelijke of onlichamelijke, voor onteigening in aanmerking kunnen komen. Onteigening van rechten op het goed, niet als sequeel van de onteigening van het goed, neemt Sabbatini (bl. 75) slechts aan, als de ondernemer den eigendom van het goed reeds heeft, doch dit met servituten of andere rechten is bezwaard. In de onteigening van andere rechten voorzien speciale wetten. Zoo kent Italië onteigening van auteursrecht, geregeld bij eene wet van denzelfden datum. Sabbatini (bl. 8) noemt verder als voorbeelden van onteigening van andere zaken dan onroerend goed op: de wet op de requisities van levensmiddelen en transporten, op de beperkingen van den grondeigendom bij vestingaanleg, op het verschaffen van middelen tot afwending van overstroomingen als anderszins. In beginsel kent dus de Italiaansche wetgeving geen beperking der onteigening tot bepaalde objecten. Dat beginsel heeft echter in de wetgeving van Saksen, Zwitserland, Pruisen en Oostenrijk meer bepaald uitdrukking gevonden. Art. 31 der *Saksische* Constitutie voorziet de onteigening van „goederen en rechten". Verschillende wetten regelen daar te lande gevallen van onteigening. Een Code dier wetten heeft Georg Häpe (*Die Zwangsenteignung*, 1891) gegeven. Onteigening van rechten wordt daarbij aangetroffen. De *Zwitsersche* Bondsconstitutie verklaart in art. 21 den Bond bevoegd, voor werken van openbaar nut het onteigeningsrecht te doen gelden, en verwijst verder naar eene bondswet. Deze kwam in 1850 tot stand en is van toepassing op blijvenden of tijdelijken afstand van „Eigenthum oder andere auf unbewegliche Sachen bezügliche Rechte", terwijl zij voorts bepaalt, dat waar in de wet de uitdrukking: *afstand van rechten* gebruikt wordt, daaronder ook begrepen is „das Einräumen von Rechten". Nieuw is de bepaling, dat niet alleen blijvende, maar ook tijdelijke afstand van eigendom en rechten onder de onteigening valt. Ook sommige kantonnale wetgevingen brengen den afstand van rechten op zaken tot de onteigening (Dr. J. Sieber, *Das Recht der Expropriation*, 1889, bl. 3). *Pruisen* brengt in zijne Grondwet (art. 9) tot de onteigening afstand en beperking van grondeigendom. De wet van 1874 geeft dienovereenkomstig meer dan haar titel: *Ueber Enteignung von Grundeigenthum* doet vermoeden. Terwijl zij in § 1 van „Entziehung und Beschränkung des Grundeigenthums" handelt, bepaalt § 6, dat hetgeen de wet hieromtrent verordent ook geldt „von der Entziehung und Beschränkung der Rechte am Grundeigenthum". Een tijdelijke afstand of beperking wordt door deze wet alleen dan als onteigening behandeld, als zij langer dan drie jaar duurt of de toestand van het erf wezenlijk of duurzaam eene verandering er door ondergaat. Voor de onteigening

perkten zin regelt, kan twijfel rijzen omtrent het werkingsgebied van het instituut. Wanneer men bijv. aanneemt, dat art. 151 van onze en art. 11 van de Belgische Grondwet eigendom bezigt in den zin van het voorwerp van het eigendomsrecht, dan handelen deze constituties alleen over de onteigening van zaken, roerende en onroerende. Moet nu daaruit worden afgeleid, dat onteigening van rechten op zaken, zelfstandig, niet als gevolg van de onteigening van het goed, verboden is? Of bedoelt de Grondwet alleen waarborgen te geven voor de onteigening van zaken en laat zij dus den gewonen wetgever vrij, de onteigening van rechten op andere wijze te regelen?

Doch afgescheiden van grondwettelijke voorschriften, dringt zich door de verscheidenheid der wetgevingen de vraag op:

---

van roerende zaken bestaan afzonderlijke wettelijke bepalingen, zooals die betreffende de recruteering van paarden. (De bekendste commentaar op deze wet is van Bähr en Langerhans, 2e Ausg. 1878; uitvoeriger zijn die van Loebell, 1884 en van Seydel, 1887). In *Oostenrijk* wordt het onteigeningsinstituut beheerscht door art. 5 der eerste constitutioneele wet, dat niet anders inhoudt dan eene opdracht aan den wetgever om de zaak te regelen. De voornaamste wet is van 1878, betrekkelijk de onteigening voor den aanleg en de exploitatie van spoorwegen, waaraan voor de werking van het onteigeningsinstituut principiëele beteekenis wordt toegekend. Volgens § 2 omvat de onteigening o. a. het recht op afstand van grondeigendom, verder „auf Einräumung von Servituten und andern dinglichen Rechten an unbeweglichen Sachen, sowie auf Abtretung, Einschränkung oder Aufhebung derartiger oder solcher Rechte, deren Ausübung an einen bestimmten Ort gebunden ist, auf Duldung von Vorkehrungen, welche die Ausübung des Eigenthumsrechtes etc. einschränken". Een tijdelijke afstand of gebruik valt mede onder de toepassing dier wet. Ook voor roerende zaken wordt in Oostenrijk onteigend. Uit de mededeelingen van Randa (*Das Eigenthumsrecht*, 1884, I, bl. 129 vlg.) blijkt, dat in Oostenrijk schier geen enkel rechtsfeit, met betrekking tot het vestigen van rechten op zaken, geacht wordt buiten het onteigeningsinstituut te vallen. (Zie ook Prazak, *Das Recht der Enteignung in Oesterreich*, 1877). De Constitutioneele wetten van *Frankrijk* maken van de onteigening geen melding meer. De materie wordt thans uitsluitend beheerscht door art. 545 C. c. Over de algemeene wet van 1841 wordt verder in den tekst het noodige medegedeeld.

hoe in de landen, waar het onteigeningsinstituut op zeer beperkt gebied is geregeld, al die gevallen moeten worden beschouwd, welke daaronder niet vallen, elders daarentegen als onteigeningen worden aangemerkt. Zullen wij volkomen dezelfde rechtsfeiten hier als onteigening mogen opvatten, omdat de wetgever die feiten als zoodanig beschouwt, en elders niet, omdat dáár de wetgever dit niet deed?

Van een slaafs volgen van den wetgever kan geen sprake zijn. De motieven, die den wetgever bewegen een rechtsfeit zus of zoo te regelen of te noemen, kunnen het karakter van een rechtsinstituut allerminst bepalen. Wanneer voor den aanleg van telephoongeleidingen in Zwitserland de bondswet op de onteigening wordt toegepast [1]), terwijl in Frankrijk [2]) en ten deele ook in België [3]) de wet, om dien aanleg mogelijk te maken, een reeks wettelijke servituten in het leven roept, dan is van tweeën slechts één waar: òf Zwitserland òf Frankrijk en België noemen het kind bij zijn naam. Zijn de eigendomsbeperkingen, welke de aanleg van telephoongeleidingen medebrengt, onteigeningen, dan zijn zij dat niet, omdat de wet ze aldus gelieft te noemen, of omdat eene zekere procedure daarbij wordt toegepast, of omdat schadeloosstelling vooruit moet worden betaald, maar dan bezitten zij dat karakter, omdat zij een rechtsfeit inhouden, dat het wezen der onteigening, in casu onteigening ten algemeenen nutte, uitmaakt.

Maar nergens meer dan in Frankrijk stelt de practijk de noodzakelijkheid in het licht, zelfstandig het karakter van het onteigeningsinstituut na te sporen. De wet van 1841 noemt geen gevallen van onteigening op; zij regelt eenvoudig de *expropriation*. Commentatoren en jurisprudentie stellen daarom de vraag, wánneer die wet van 1841 van toepassing is, d. w. z. wánneer er expropriatie plaats

---

[1]) Zie Meili, *Die Anwendung des Expropriationsrechtes auf die Telephonie*, 1888.
[2]) Vidal, *Le téléphone*, bl. 120.
[3]) Brunart, *Commentaire de la loi du* 11 *Juin* 1883.

grijpt. Zij trekken daarbij samen ééne lijn. Uit welk gezichtspunt die vraag beantwoord wordt is duidelijk, als men in het oog houdt, dat de uitvoering der onteigeningswet, ofschoon in verreweg de meeste gevallen plaats grijpende voor het tot stand brengen van publieke werken van den Staat en dus nauw betrokken bij de taak der administratie, desniettegenstaande, voorzooveel de toekenning van schadevergoeding betreft, bij de rechterlijke macht is gebracht, m. a. w. dat hier, tegen den geest der Fransche staatsinrichting, de rechterlijke macht bij administratieve handelingen wordt betrokken. Het „l'expropriation s'opère par autorité de justice" acht men een inbreuk op hetgeen in beginsel tot het domein der administratie behoort. De Fransche juristen stellen zich daarom tot taak, op dit gebied eene grenslijn te trekken tusschen de administratie en de justitie; en natuurlijk, daar naar Fransche opvatting de justitie op een haar vreemd terrein is geroepen, legt men de wet zoo eng mogelijk uit. In de eerste plaats kent men in Frankrijk alleen onteigening van onroerend goed [1]). Doch wanneer moet nu onteigend worden?

Ziehier het karakteristieke antwoord: onteigening grijpt plaats en van toepassing is dus de wet van 1841, wanneer het gebruik, dat van eens anders eigendom wordt gemaakt, van dien aard is, dat blijvend voor den eigenaar schier het gansche genot van het goed te loor gaat. Eigendomsbeperkingen ten behoeve van eene onderneming, hoe ingrijpend ook, eene geheele occupatie zelfs, mits tijdelijk, worden als administratieve zaken beschouwd. Schadeloosstelling wordt in de meeste gevallen wel gegeven, maar niet op grond der onteigeningswet; die wet wordt niet toegepast. En wie beslist nu, dat het geval van onteigening aanwezig is en dus de wet van 1841 moet worden toege-

---

[1]) De Lalleau, *Traité de l'expropriation*, 7e éd., I bl. 101; Daffry de la Monnoye, *Théorie et pratique de l'expropriation*, 2e éd., I bl. 13.

past? Zeer eenvoudig: de administratie. „A défaut de limite déterminée par la loi, c'est au ministre seul à apprécier, si une occupation plus ou moins prolongée, sans expropriation, ne serait pas contraire à l'esprit de la loi, contraire aussi aux intentions protectrices du gouvernement, et si elle peut être maintenue au delà d'une durée équitable" [1]). Met de billijkheid dus en met den geest der wet moet rekening worden gehouden, maar het is dan toch de administratie, die beslist, of er in een gegeven geval onteigening plaats grijpt, hetgeen uitsluitend dit wil zeggen: behoort de wet van 1841 te worden toegepast of eene der andere wetten? Volgens het Fransche staatsrecht is dus onteigening een zuiver formeel begrip: onteigening is toepassing der wet van 1841 en omtrent de toepassing beslist de Minister. Kan men het karakter van een instituut afhankelijk stellen van eene ministeriëele opvatting?

Het is dus noodzakelijk, tegenover de regelingen der wet en tegenover de practijk eene zelfstandige houding aan te nemen en naar de rechtsfeiten te zoeken, die, niettegenstaande hunne verschillende regeling, in grondslag en inhoud samenhangen. Is aldus het karakter van het onteigeningsinstituut bepaald, dan wordt het mogelijk, ook voor ons land, gelijk Edmond Picard voor België deed, een onteigenings-code samen te stellen. Wellicht moet dan daarin bijv. geen melding worden gemaakt van het geval van besmetting, dat onze Grondwet van 1848 als een onteigeningsgeval aanmerkte, en moeten daarentegen wel worden opgenomen de wettelijke bepalingen betreffende de requisities van levensmiddelen, paarden en transportmiddelen, de eigendomsbeperkingen in de nabijheid van vestingen, enz.

In een laatste gedeelte van dit opstel staan wij dan stil bij de vraag, hoe wij de wettelijke regelingen, in het bijzonder onze wetgeving op het stuk der onteigening, hebben uit te leggen; eene vraag, die eene zelfstandige beantwoording

---

[1]) De Lalleau, I bl. 85.

vordert, omdat hetgeen theoretisch mocht blijken tot het onteigeningsinstituut te behooren geenszins als grondslag voor de uitlegging der wet, die alleen uit practische behoeften geboren wordt, mag worden gebruikt.

II.

Het heeft geen practisch belang, kenmerken van het onteigeningsinstituut op te sporen, waardoor het in eene omgeving van tal van andere instituten, welke die kenmerken gemeen hebben, komt te staan en het dan uit die omgeving te isoleeren. Voldoende schijnt, ter vaststelling van het karakter van de onteigening, haar dadelijk in vergelijking te brengen met een rechtsfeit, dat, met onteigening iets gemeen hebbende, toch tegelijkertijd haar scherpste tegenstelling uitmaakt. Dit is het geval met het rechtsfeit, dat bij de uitoefening van het politierecht plaats grijpt, en daarom wordt in de onteigeningsliteratuur dan ook nergens verzuimd, op de tegenstelling van onteigeningsrecht en politierecht de aandacht te vestigen.

Die tegenstelling krijgt voornl. daar beteekenis, waar onder de onteigeningsgevallen ook begrepen worden eigendomsbeperkingen, want hier schijnt het gebied van het politierecht, dat juist voornl. eigendomsbeperkingen ten gevolge heeft, met dat der onteigening samen te vallen. Mr. W. Thorbecke, de moeielijkheid inziende de grenslijn hier te trekken, stelt dan ook de vraag: „Hoe kan men de onteigening van andere overheidsmaatregelen onderscheiden, als men ook de ontneming van zakelijke en andere regten daaronder brengt?" [1]). Maar met zulk eene verlegenheidsvraag kan men zich toch bezwaarlijk van de zaak afmaken. Dat het geval echter werkelijk verlegenheid baart, blijkt wel het duidelijkst uit de geschiedenis van art. 1 der Prui-

[1]) Thorbecke, *Onteigeningswet*, bl. 49.

sische wet. Om te ontsnappen aan eene toepassing der wet buiten haar eigenlijk gebied, is in dit artikel, dat ook van eigendomsbeperkingen melding maakt, bepaald, dat de ontzetting of beperking van grondeigendom, welke zij regelt, gevorderd moet worden door „*ein Unternehmen*". „Es wurde hervorgehoben", heet het in het rapport der commissie uit het Huis van Afgevaardigden, „dass der Art. 9 der Verfassungs-Urkunde, dessen Ausführung hier bezweckt sei, sich nicht auf jede Beschränkung des Eigenthums beziehe, sondern nur auf solche, welche der Staat fordere, weil er das Eigenthum zu einem das öffentliche Wohl bezweckenden Unternehmen in Anspruch nimmt, dass es daher geboten erscheine, die Voraussetzung eines „*Unternehmens*", in Ausschluss etwa polizeilicher Beschränkungen, für die Enteignung auszudrücken" [1]). De wetgever heeft hier dus den knoop doorgehakt. Dat is zijn recht. Maar de wetenschap kan er zich niet bij neerleggen. „De rechtvaardiging van gedwongen eigendomsovergang", zegt Prof. Buys, „moge gelegen zijn in het openbaar belang, dat belang behoeft juist niet te bestaan in het vestigen van deze of gene onderneming" [2]). Het zal dan ook wel niemand in de gedachte komen te beweren, dat met de bovenaangehaalde bepaling der Italiaansche wet, omtrent de onteigening van historische monumenten en nationale oudheden, de grenzen van het gebied der onteigening zijn overschreden.

Doch ook daar, waar niet meer van eigendomsbeperking sprake is, maar van eene ontzetting, ligt de grenslijn tusschen politierecht en onteigening niet zoo dadelijk voor de hand. Ik herinner eenerzijds aan de uitspraken van den Hoogen Raad omtrent de bevoegdheid der Overheid dolle honden te dooden en pothuizen, in strijd met eene politieverordening bestaande, af te breken; anderzijds aan de vernietiging van besmette zaken, welke de Grondwet van

---

[1]) Bähr, bl. 10.
[2]) Buys, *De Grondwet*, II bl. 272.

1848 als een geval van onteigening aanmerkte. Deze bepaling der Grondwet en de bedoelde jurisprudentie van den Hoogen Raad hebben echter, op dit punt: de ontzetting van den eigendom, tot eene meer principiëele behandeling van het vraagstuk geleid. En hetgeen daaromtrent door de Hartog, Thorbecke en Buys is in het midden gebracht [1]) heeft het heel wat nader tot zijne oplossing gebracht dan de vluchtige besprekingen, die daaraan in de buitenlandsche literatuur zijn gewijd.

Met de tegenstelling van politierecht en onteigening wordt intusschen bij verschillende schrijvers nog het wettelijk servituut vermengd. De opvattingen nu, die hieromtrent heerschende zijn, leeren wij het beste kennen uit de toelichting, die Edmond Picard bij zijn *Code d'expropriation* heeft gegeven. De Schrijver teekent aan [2]), dat bepaaldelijk in den Code niet zijn opgenomen „les dispositions relatives aux requisitions qui ne portent que sur des services *temporaires*". *Deze* requisities „ne constituent pas *des expropriations véritables* dans le sens juridique du terme". In het tweede deel van zijn werk deelt de S. het criterium van eene „expropriation véritable" mede. Zij bestaat in „suppression d'un droit, il faut qu'un droit sorte en tout ou en partie du domaine de l'exproprié". Niet alleen het eigendomsrecht, maar ook andere rechten op zaken kunnen onteigend worden. Van deze „suppression d'un droit" onderscheidt de Schrijver: „altération dans la manière de jouir [3]). Le droit en pareil cas subsiste; son exercice seul est changé" [4]), en dit is het geval in de bovengenoemde

---

[1]) Prof. de Hartog handelt in zijn opstel in de *Bijdragen*, XXIV, bl. 259 vlg., in het bijzonder over het begrip van onteigening ten algemeenen nutte. Van Mr. Thorbecke komt speciaal in aanmerking zijne beschouwing over het politierecht. Prof. Buys in de *Grondwet* ontwikkelt de tegenstelling tusschen beide.

[2]) Bl. 15, nt. 3.

[3]) Tot deze tegenstelling bepaalt zich Grünhut, *Das Enteignungsrecht*, 1873, bl. 3.

[4]) Picard, II bl. 21 vlg.

bepalingen [1]) en waar men te doen heeft met „servitudes légales". Deze servituten beperken wel het eigendomsrecht, maar zij zijn het uitvloeisel van eene meer nauwkeurige definitie, die de wet van eigendom geeft. „Le législateur peut dire: il est vrai que jusqu'ici j'avais conçu la propriété sans la restriction que j'y apporte aujourd'hui, mais cette conception était erronée et je la rectifie; voici comment doit être comprise la propriété véritable." Zeer eenvoudig voorwaar; doch de Schrijver verzuimt aan te wijzen de juiste grens, waar de verandering in het gebruik overgaat in eene „suppression de droit". Daarop komt alles aan, zal de onderscheiding, die de Schrijver maakt, ten minste aannemelijk zijn. In plaats daarvan geeft hij echter zijne zelfstandige positie tegenover de wetgeving prijs en laat de onderscheiding afhangen van de wijze, waarop de wetgever de zaak regelt, nl. of hij eene beperking vaststelt „comme une règle générale frappant à priori toute une catégorie de propriétés et comme devant pratiquement se réaliser, sans exception de personnes ou de biens, dès que des conditions déterminées se trouvent réunies" [2]), dan wel in elk concreet geval zulk eene beperking oplegt [3]). Hoe volstrekt onhoudbaar deze kniebuiging voor den wetgever is, blijkt uit hetgeen hierboven is medegedeeld omtrent de verschillende wijzen, waarop eenerzijds in Zwitserland en anderzijds in België en Frankrijk eigendomsbeperkingen ten behoeve van den aanleg van telephoongeleidingen worden opgelegd. De beide laatstgenoemde landen hebben, zooals wij zagen, bij de wet, ten behoeve van die ondernemingen, allerhande eigendomsbeperkingen opgelegd, „comme" — ik herhaal de zooeven geciteerde woorden van Picard — „une règle générale frappant à priori toute une catégoric de propriétés et comme devant pratiquement se réaliser,

---

[1]) T. z. p., bl. 49.

[2]) Bl. 27.

[3]) Eene gelijke onderscheiding maakt v. Rohland, *Zur Theorie und Praxis des deutschen Enteignungsrechts*, 1875, bl. 3.

sans exception de personnes ou de biens, dès que des conditions déterminées se trouvent réunies". In Zwitserland daarentegen worden diezelfde eigendomsbeperkingen opgelegd door toepassing der onteigeningsprocedure. Zal nu dientengevolge dezelfde soort van eigendomsbeperking ten behoeve van dezelfde soort van onderneming in het eene land eene onteigening zijn en in het andere niet? De vorm der regeling beslist hoegenaamd niets. Daarom heeft men dan ook ten onzent niet geaarzeld te verklaren, dat de vernietiging van besmette zaken geen onteigening was, niettegenstaande de Grondwet ze als een geval van onteigening beschouwde.

Niet verder komt men met opmerkingen, als die van Prazak [1]), dat politierechtelijke beperkingen „einen Bestandtheil bilden der Form, in welche sich das wirklich freie Eigenthum im Staat äussert", terwijl bij onteigening „ein ausserhalb des betreffenden Vermögensobjectes liegender Zweck die Aufhebung oder Einschränkung des Eigenthumsrechtes zu letzterem fordert", of met Hartmann [2]), die tegenover elkander plaatst: beperkingen in het gebruik en de uitoefening, en de opoffering van de substantie van den eigendom. Met dit alles maakt men zich van de zaak af, in plaats van haar onder de oogen te zien.

Mr. W. Thorbecke brengt ons, voorzooveel het politierecht betreft, op den goeden weg. „De politiemaatregel", zegt deze, „dient enkel om schade voor het algemeen te weren. De aard van den maatregel verschilt in hooge mate. Bij onteigening geldt het een goed, dat de overheid in bezit neemt om er zelf het nut van te trekken. Bij den politiemaatregel eene zaak, welke men, als schadelijk voor het algemeen, niet bevoegd is te bezitten" [3]). Het element van schade aan algemeene belangen is stellig een richtsnoer

---

[1]) T. a. p., bl. 8.
[2]) T. a. p., bl. 3.
[3]) T. a. p., bl. 63.

voor de bepaling van den inhoud van het politierecht, doch het heeft verduidelijking noodig, want ook van de onteigening kan worden gezegd, dat zij bestemd is, schade aan algemeene belangen, op andere wijze echter, te voorkomen.

Bij de uitoefening van politierecht is het object van de zorg der overheid een *rechtsgoed*. Volgens de bepaling, die Binding [1]) van rechtsgoederen heeft gegeven, worden daarmede zekere genotsbetrekkingen bedoeld, waarvan het ongerept voortbestaan voor de rechtsorde een object van waarde is. De veiligheid van den Staat, de onschendbaarheid der woning, de openbare orde, veiligheid en gezondheid, enz. zijn evenzoovele objecten, waarbij de gemeenschap zelve belang heeft. Eene tegenstelling hiermee vormen de genotsbetrekkingen, welke haar waarde ontleenen aan het belang, dat deze of gene persoon er bij heeft, welke dus het karakter van *goed* alleen door die waardebetrekking, zoolang deze door den persoon erkend wordt, en alleen voor dezen bezitten. Door allerlei feitelijke maatregelen — vallende binnen zijne rechtssfeer — kan hij tegen inbreuken op de genotsbetrekking waken. Anderen daartoe verplichtingen opleggen kan hij niet; beider belangen zijn in rechte gelijkwaardig. Zulke genotsbetrekkingen vallen dus nimmer onder het begrip van *rechts*goederen. Eerst waar het belang der gemeenschap bij eene genotsbetrekking is gemoeid, hebben wij met rechtsgoederen te doen, daar het belang der gemeenschap hier, gelijk op elk ander gebied, zich openbaart in *rechts*normen. Daarin vindt het gemeen-

---

[1]) *Normen*, I, bl. 187 vlg. In de tweede uitgave (bl. 338) wordt het nader uitgewerkt. In de strafrechtswetenschap is *rechtsgoed* een gebruikelijke term geworden. Doch als tegenstelling met *rechtssubject* heeft het ook daarbuiten belang. Met name is het ter bepaling van den inhoud van het politierecht onmisbaar. De beteekenis van de „negatieve" werking van het politierecht komt daardoor in het juiste licht. Op de hierbedoelde negatieve werking van het politierecht wordt ook door Prof. Oppenheim de nadruk gelegd (*Rechtsgel. Magazijn*, 1887, bl. 504).

schapsbelang zijne uitdrukking, waaruit tevens volgt, dat alleen voorzoover de rechtsnormen reiken, het goed positiefrechtelijk als rechtsgoed bestaat.

Het politierecht (in objectieven zin) nu is het samenstel van die regelen, welke beoogen de gemeenschapsgoederen tegen inbreuken te beschermen. Het is een greep, die hier gedaan wordt, als met name genoemd worden de wetten op de kerkgenootschappen, op het begraven van lijken, op de besmettelijke ziekten, op de maten en gewichten, op de hondsdolheid, op de veterinaire politie, enz., en voorts de normen die, in het Strafwetboek verscholen liggende, eerst door dat wetboek tot gelding komen. Van maatregelen, uitgaande van lagere besturen, noem ik de bouwverordeningen, wegenreglementen en waterstaatskeuren.

Van al die politierechtelijke normen, wier aantal steeds toenemende is, omdat de gemeenschap zich steeds meer aan genotsbetrekkingen laat gelegen liggen en dus ook meer rechtsgoederen schept of een goed in ruimeren omvang tot rechtsgoed maakt — van al die normen hebben wij hier alleen te doen met die, welke betrekking hebben op het gebruik van zaken, voor zoover daardoor de goederen der gemeenschap schade, nadeel of hinder lijden.

Die schade tot uitgangspunt nemende, brengen de politierechtelijke normen, welke op het gebruik van zaken betrekking hebben, opheffing en verandering van subjectieve rechten mede. Opheffing van het subjectieve recht op zaken grijpt plaats, als de rechtsorde ten opzichte van zekere zaak geene enkele betrekking als inhoud van subjectieve rechten erkent. Dit is het geval met besmette zaken. De rechtsorde erkent geene subjectieve rechten op besmette zaken, met het oog op het gevaar voor de openbare gezondheid. De verplichting der overheid om die in beslag te nemen en te vernietigen is daarvan het uitvloeisel. Bij andere zaken, zooals bijv. dolle honden, wordt het subjectieve recht slechts in zooverre niet erkend, als het beest in een voor het algemeen gevaarlijken toestand zou komen

te staan. Op een dollen hond, die in huis gehouden wordt en vastligt, blijft het subjectieve recht voortduren. Een subjectief recht op een huis, dat buiten de rooilijn is gebouwd, wordt door de rechtsorde niet erkend; evenmin op huizen met rieten daken of houten schoorsteenen; het genot van woning in huizen met te kleine vertrekken of niet voorzien van regenputten of van waterleiding, kan geen inhoud van subjectieve rechten zijn.

In al deze gevallen ondergaat de inhoud van subjectieve rechten eene wijziging, voor zoover die inhoud schadelijk, gevaarlijk of hinderlijk is voor de goederen der gemeenschap. Dit schadelijk karakter van het subjectieve recht is dus niet een gevolg van den persoon, die het subject is van het recht, maar van den inhoud, die het object er van uitmaakt.

Het onteigeningsinstituut nu beweegt zich op geheel ander terrein. Onteigening brengt verandering teweeg in privaatrechtelijke verhoudingen, voor zoover die gegrond zijn op het genot van zaken. In de privaatrechtelijke ordening worden, niet, zooals bij politierechtelijke normen, de belangen der menschen van hunne objectieve, maar van hunne subjectieve zijde gewaardeerd, en komt de betrekkelijke waarde, die elke *persoon*, elk rechtssubject, voor de gemeenschap heeft tot uitdrukking. Die waarde openbaart zich natuurlijk ook hier weer in normen, waarvan wij thans alleen die op het oog hebben, welke het genot van zaken verdeelen. Hetgeen elke persoon voor de bijzondere belangen, die hij nastreeft, behoeft, tracht de rechtsorde hem te verschaffen.

Tweeërlei denkbeeld ligt daarbij ten grondslag. Maatstaf voor de distributie kan zijn de gemeenschap, in dien zin, dat hetgeen aan anderen wordt onthouden zijne rechtvaardiging vindt in de waarde, die de persoon, aan wien het wordt toegekend, heeft voor de ontwikkeling der gemeenschap tot de hoogst mogelijke volkomenheid. Deze waardeering wordt verricht door het orgaan, dat tot rechtsverwezen-

lijking is aangewezen: door den *wetgever*. Aan de rechtsnorm, welke hiervan het uitvloeisel is, ligt alzoo eene qualitatieve waardeering ten grondslag: de betrekking tot de gemeenschap, en dus tot eene qualitatief andere subjectiviteit dan die der personen voor wie de rechtsnorm bestemd is, beslist over den inhoud dier norm. — Tegenover deze qualitatieve staat eene quantitatieve waardeering, die het karakter vormt van het *contract*. De rechtsnorm steunt hier niet op een qualitatieven waardemaatstaf, maar op een quantitatieven, inzoover de norm, die den nieuwen rechtstoestand tusschen de contractanten regelt, zich grondt op de meerdere waarde, welke die rechtstoestand voor de betrokken partijen heeft boven den bestaanden. Op een gegeven oogenblik heeft voor A en B *deze* meer dan *gene* rechtstoestand waarde. Op die meerdere waarde steunt het rechtsgezag der contractueele norm. Het kan zijn, dat hetgeen meer waarde heeft voor A en B, uit het oogpunt van het gemeenschapsbelang gewraakt moet worden. De wet zal het dan wraken. En de wet wraakt hoe langer hoe meer het rechtsgezag van contractueele normen, welke rechtstoestanden tusschen personen doen ontstaan, die strijdig zijn met het gemeenschapsbelang. Men denke slechts aan de arbeidswetgevingen in de verschillende landen. Voor zoover de wet dit echter niet heeft gedaan, bindt het contract, omdat het eene even zelfstandige rechtsbron is als de wet [1]).

---

[1]) Met de critiek, die art. 1269 B. W. heeft ondervonden, kan ik dan ook alleen in dit opzicht medegaan, dat het artikel, om zijn leerstellig karakter, niet in de wet thuis behoort. Het contract als rechtsbron is geen schepping der wet; het werkt op het gebied, dat de wetgever vrijlaat. Door de wet kunnen de grenzen, binnen welke eene waardeering door de belanghebbende personen rechtsgezag heeft, enger worden getrokken. En denkbaar is het, dat de rechtsbron van het contract geheel opdroogt, dán nl. als de gemeenschap alles waardeert, doch dan ook alleen daardoor. Vóór dien tijd, op andere wijze, de rechtscheppende kracht van het contract vernietigen, kan de wet, redelijk gesproken, niet, gelijk omgekeerd het contract niet

De onteigening ten algemeenen nutte nu behoort tot die gevallen, waarin de wijziging in de privaatrechtelijke ordening steunt op eene waardeering uit het oogpunt van het gemeenschapsbelang. Het gemeenschapsbelang vordert, dat ten behoeve van een persoon, die algemeene belangen behartigt, die doeleinden van algemeen nut verwezenlijkt, een zeker zaaksgenot worde toegekend, tengevolge waarvan het recht van anderen op die zaak geheel of ten deele te niet gaat.

Er is in het algemeen geen andere rechtsgrond voor de onteigening denkbaar dan het gemeenschapsbelang. Dit deelt de onteigening ten algemeenen nutte met elke andere wijziging in de privaatrechtelijke verhouding tusschen de rechtssubjecten onderling, welke niet op contract maar op de wet steunt. De voorschriften der wet, die de verplichtingen tusschen de eigenaren van naburige erven regelen, zijn niet minder het uitvloeisel eener waardeering van de belangen der rechtssubjecten uit het oogpunt van het gemeenschapsbelang, dan de bepaling der wet, dat bij het begaan van een strafbaar feit de schuldige een deel van zijn vermogen aan den Staat zal moeten afstaan. Doch wel bestaat er tusschen die verschillende gevallen, waarin krachtens de wet eene wijziging in de privaatrechtelijke zakenordening tusschen rechtssubjecten plaats heeft, een onderscheid met betrekking tot de wijze, waarop zij der gemeenschap ten goede komt. Bij geldboete is de wijziging gegrond op de waarde, die zij voor de gemeenschap heeft als middel tot handhaving der rechtsorde. En zoo ook heeft het instituut der onteigening ten algemeenen nutte zijn eigen rechtsgrond, t. w., gelijk zijn naam reeds uitdrukt, de waarde die de middellijke bevordering van een belang van velen voor de gemeenschap heeft boven de bevordering van bijzondere belangen van enkelen. Het instituut van de onteigening

---

kan te kort doen aan de rechtscheppende kracht der wet, daar zij beide ongelijksoortige rechtsbronnen zijn. Uit de macht om de werking van het contract te besnoeien, kan niet worden afgeleid, dat die werking zelve van de wet afkomstig is.

ten algemeenen nutte is een correctief op eene privaatrechtelijke ordening, waarvan de regeling in beginsel eene contractueele is. Hetgeen langs dien weg niet kan worden verkregen door hem die ten algemeenen nutte werkzaam is, wordt dezen verschaft door de wet, uit krachte van het gemeenschapsbelang, dat meer betrokken kan zijn bij de bevordering van het algemeen nut dan bij de bevordering van bijzondere belangen van anderen.

Als algemeen beginsel kan dit worden uitgesproken. Bepaald behoeft dan alleen nog te worden tweeërlei. Vooreerst: wánneer een persoon ten algemeenen nutte werkt. Subjectief aangewezen is het daar, waar de onteigening noodig is voor den Staat, omdat de Staat, als zoodanig, in het algemeen belang werkt. Omgekeerd blijkt het werken ten algemeenen nutte van den bijzonderen persoon alleen uit den inhoud van de doeleinden die hij nastreeft, daar zijne persoonlijkheid als zoodanig niet tot het werken ten algemeenen nutte is bestemd. Hier moet dus het werken ten algemeenen nutte objectief blijken. Bij provinciën en gemeenten kan het een of het ander het geval zijn. Het beperkte gebied, waarop zij werkzaam zijn, doet de belangen die zij behartigen niet altijd vallen onder het gezichtspunt van algemeen nut. In de tweede plaats moet bepaald worden, in hoever onteigening noodig is, hetgeen omvat zoowel de vraag *òf*, als die *in welken omvang* zij noodig is. Staat een en ander vast, dan behoeft niet meer te worden onderzocht, of het gemeenschapsbelang alsdan onteigening vordert, m. a. w. of de privaatrechtelijke ordening alsdan dienovereenkomstig zal worden gewijzigd; immers dit is onderzocht en gewaardeerd door de wet, waar zij onteigening tot bevordering van algemeen nut heeft erkend. Heeft het instituut geen algemeene erkenning in de wet gevonden, dan moet in een gegeven geval ook dit worden onderzocht, d. w. z. dan moet ook de waardeering uit het oogpunt van het gemeenschapsbelang geschieden en dus nog de *rechts*vraag worden gesteld. Het offer, dat van de te onteigenen

personen gevorderd wordt, kan blijken voor de gemeenschap nadeeliger te zijn dan de bate, die de bevordering van het algemeen nut haar zou opleveren. Het bepalen van de zoo even genoemde twee elementen: het werken ten algemeenen nutte en de behoefte aan onteigening, valt niet onder het gezichtspunt van rechtswaardeering. Het zijn zuiver feitelijke vragen, die daarbij te beantwoorden zijn.

Met de toekenning van de bevoegdheid tot onteigening gaat gewoonlijk gepaard het opleggen der verplichting tot schadevergoeding. Bij de stelling, dat de schadevergoeding tot het begrip van onteigening behoort, zoodat, gelijk een schrijver [1]) beweert, „da wo eine solche nicht stattfindet, der Fall einer Expropriation nicht vorliegt", behoeven wij niet stil te staan. Er ligt in het *begrip* van onteigening hoegenaamd niets, dat op schadevergoeding wijst. De bewering is nog een echo van de theorie, welke in de onteigening een gedwongen koop en verkoop zag. Als de wet schadevergoeding voorschrijft, dan is het ook hier alleen uit een oogpunt van gemeenschapsbelang, dat aan den ondernemer de verplichting daartoe wordt opgelegd. Kan het echter een eisch des rechts zijn, dat steeds voor de genotsderving bij onteigening een geldelijk aequivalent in de plaats moet treden, zoodat er dan een onverbreekbaar verband zou bestaan tusschen de onteigening ten algemeenen nutte en de schadevergoeding? Het is beweerd door v. Stein en op zijn gezag door vele anderen, o. a. door prof. Buys, die de rechtsvraag bondig aldus beantwoordt: „Wanneer het uitsluitend recht van dezen of genen op eenig bepaald goed eene onoverkomelijke belemmering zijn kan voor de ontwikkeling der gemeenschap, het uitsluitend recht op de waarde, welke dat goed vertegenwoordigt, toch nooit, en daarom kan het eigendomsrecht op die waarde ook nooit worden weggenomen" [2]).

[1]) R. Bering, *Das Preussische Enteignungsrecht*, 1883, bl. 9.

[2]) *De Grondwet*, II, bl. 275. De rechtsgrond, dien v. Stein hier-

Ik kan dit betoog niet klemmend vinden. De aangevoerde rechtsgrond reikt al te ver. Ware het hier uitgesproken beginsel juist, de Staat zou niet weinig in verlegenheid komen bij het vaststellen van straffen tegen de bedrijvers van delicten. Geheel in denzelfden gedachtengang toch kan worden gezegd: het gemeenschapsbelang vordert uitsluitend, dat de *delinquent* door de straf wordt getroffen; mitsdien behoort de Staat er voor te zorgen, dat voorzoover anderen dientengevolge mede lijden, dit leed worde opgeheven. De geldboete is daarmede voor vele gevallen reeds onbruikbaar, en bij gevangenisstraf van den kostwinner zou onderhoud der familie van staatswege gevorderd kunnen worden.

Doch het is niet noodig, met een beroep op de consequenties waartoe dat beginsel op ander gebied dan dat der onteigening zou leiden, den aangevoerden rechtsgrond der schadevergoeding te bestrijden. Men stelle de vraag: hoe, met dezen rechtsgrond als uitgangspunt, eene onteigening *par zônes* ooit is te rechtvaardigen. Van de zône-

---

mede voor de schadevergoeding geeft, hangt samen met de plaats, die hij in zijne systematische bearbeiding van het administratief recht aan het onteigeningsinstituut inruimt. Met de maatregelen tot vrijmaking van den grond en tot ontbinding van grondgemeenschap, vat hij de onteigening onder den titel van „die Entwährung" tot een zelfstandig gebied van de *economische* gemeenschapsbelangen samen (*Innere Verwaltungslehre*, VII: Die wirthschaftliche Verwaltung (die Entwährung) bl. 293 vlg.). Beweegt dus het onteigeningsinstituut zich geheel op economisch gebied, dan ligt het voor de hand, in de schadevergoeding een essentiale te zien; onteigening toch is dan zooveel als eene gedwongen ruiling van waarden. De practijk van alle landen is echter met het beperkte werkingsgebied, dat v. Stein voor de onteigening aanneemt, in volslagen strijd. De enkele publicist, die zich bij de theorie van v. Stein geheel aansluit, Prazak, moet langs omwegen toch erkennen, dat de onteigening ook andere dan economische belangen dient. En v. Stein zelf komt in verlegenheid. Daarom brengt hij eene categorie gevallen te zamen onder den titel van Staatsnoodrecht, waarvan het woord intusschen reeds aanduidt, dat hier eene rechtscategorie is in het leven geroepen, om een zeker aantal feiten, die men nergens kan plaatsen, onder dak te brengen. Zie omtrent dat Staatsnoodrecht: Buys, *De Grondwet*, II, bl. 273.

onteigening is het uitgesproken doel, ook economische voordeelen te bemachtigen, omdat zonder deze de onderneming wegens hare kostbaarheid niet ware tot stand te brengen. Onteigend wordt hier het goed juist om zijne economische waarde; het is om die waarde te doen, en niet in de eerste plaats om eene verwisseling van rechtssubject te weeg te brengen. De wet zou zelfs billijk handelen, als zij den oorspronkelijken eigenaar een voorrang gaf, om later weer in het bezit van het onteigende te geraken.

Reeds bij de onteigening *par zônes* wordt dus en moet worden inbreuk gemaakt op het gestelde beginsel. Dat ook in de andere gevallen van onteigening het beginsel geen richtsnoer bevat, blijkt allereerst uit het feit, dat aan eene volledige indemniteit — welke het beginsel medebrengt — zoo zij al te bereiken ware, nergens wordt gedacht. Eene *geldelijke* schadevergoeding wordt slechts toegekend, terwijl de zeer uiteenloopende opvattingen, die èn in de wetgevingen èn in de literatuur en jurisprudentie omtrent de grenzen dier schadevergoeding bestaan [1]), duidelijk aantoonen, dat billijkheidsoverwegingen, geen vast rechtsbeginsel deze materie beheerschen. Er zijn dan ook wel gevallen, waarin geene schadevergoeding wordt toegekend, in het bijzonder dan, als, in tijden van oorlog, de Staat ten behoeve der verdediging gerechtigd is, over eens anders goed geheel of gedeeltelijk tijdelijk te beschikken.

Het komt mij daarom voor, dat voor de schadevergoeding bij onteigening geen andere rechtsgrond kan worden aangewezen dan die, welke ook geldt in al de andere ge-

---

[1]) Zie daaromtrent het opstel van Mr. Drucker, in *Rechtsgeleerd Magazijn*, 1886, bl. 185. Ook de voorstellen van Mr. van Houten, omtrent de onteigening van bouwterrein in de nabijheid van steden, zijn in dit opzicht kenmerkend. De eigenaar wordt daarbij slechts schadeloos gesteld naar het werkelijke genot dat hij van de zaak trekt, hetgeen menigmaal heel wat minder dan de marktwaarde zal zijn. Ook hieruit blijkt, dat de quaestie der schadevergoeding geene principiëele is, maar eene van meer of van minder, al naar gelang het bijzondere belang of het sociale belang zwaarder weegt.

vallen, waar de behartiging van algemeene belangen krenking van bijzondere belangen ten gevolge heeft, zonder dat dit het doel is van den maatregel [1]). Ook bij de uitoefening van politierecht wordt menigmaal schadevergoeding toegekend, gelijk ook de schade, die de Staat bij de vervulling zijner justitiëele taak toebrengt, bijv. door de preventieve hechtenis, soms vergoed wordt. Daar, evenmin als hier, is het a priori mogelijk, voor alle gevallen het recht dat gelden moet te bepalen. Wel kan men zeggen, in het bijzonder van onze wetgeving, dat de strekking op den voorgrond treedt, om in de bedoelde gevallen, door het toekennen van meer of minder schadevergoeding, een zeker evenwicht in het leven te roepen tusschen de waarde die algemeene belangen en de waarde die de belangen van de bijzondere personen voor de gemeenschap bezitten; maar een vaste maatstaf voor deze rechtswaardeering bestaat hier evenmin als op eenig ander gebied van rechtsverwezenlijking.

Dit wat den grondslag van het onteigeningsinstituut betreft. Wij staan thans stil bij de rechtskundige beteekenis der onteigening.

De onteigening ten algemeenen nutte heeft eene negatieve en eene positieve zijde: Verlies en verkrijging van zaaksgenot. Daar het woord „onteigening" gereede aanleiding er toe geeft en heeft gegeven, bij de onteigening alleen de negatieve zijde in het oog te vatten [2]), is het noodig, op dat tweezijdig juridisch karakter den nadruk te leggen. Het doel is niet, iemand iets te doen verliezen, maar een ander een zeker zaaksgenot toe te bedeelen. Verlies van zaaksgenot grijpt ook plaats bij de toepassing van het politierecht,

---

[1]) Dit schijnt ook de meening te zijn van Mr. W. Thorbecke, t. a. p., bl. 46 en 47.

[2]) Zie Picard, II, bl. 30. Ook Mr. J. L. de Leao Laguna (*Rechtsgeleerd Magazijn*, 1886, bl. 285) schijnt mij daardoor op een dwaalspoor te zijn gekomen bij de uitlegging van art. 147 der Grondwet (1848).

doch eene daarmede correspondeerende positieve zijde: eene verkrijging van zaaksgenot ontbreekt. Juist dit is bij onteigening de hoofdzaak; het zaaksgenot, dat de ten algemeenen nutte werkende persoon behoeft, bepaalt den inhoud van het verlies van zaaksgenot, dat anderen zullen hebben te lijden. Het is daarom minder juist, onteigening te definiëeren als gedwongen overgang van rechten, gelijk veelal geschiedt. Correspondeert bij het vestigen of opheffen van het recht van uitzicht het genot met datgene wat een ander resp. zal missen of verkrijgen?

Men omschrijve dus: toebedeeling van zaaksgenot aan een ten algemeenen nutte werkend persoon, ten gevolge waarvan anderen hunne rechten op die zaak geheel of ten deele inboeten. Eigendom kan hem worden verschaft, doch, waar dit voor zijne doeleinden toereikend is, ook een beperkt zaaksgenot, beperkt hetzij in omvang hetzij in duur. Dit alles is volstrekt onverschillig. De gang van zaken bij onteigening onderscheidt zich in niets van de privaatrechtelijke veranderingen, welke langs contractueelen weg zijn verkregen. De titel alleen is hier een andere. De titel is een wetstitel, die zich door zijn inhoud van andere wetstitels, zooals straf, onderscheidt. En waar dus het verschil tusschen onteigening en contract alleen daarin bestaat, is het even onhoudbaar te zeggen, dat onteigening alleen op onroerende zaken of alleen op de toekenning van voortdurend zaaksgenot betrekking heeft, als het onhoudbaar zou zijn, de werking van het contract uitsluitend tot zulke veranderingen in de privaatrechtelijke ordening te beperken. De reden, waarom dit beweerd is, zoeke men in het slaafs volgen van de beperkte regelingen, die zich voor regelingen van de onteigening ten algemeenen nutte uitgeven; doch vóór alles zoeke men ze in verlegenheidsvragen, als die welke Mr. Thorbecke deed en welke hierboven werd meegedeeld. Het bezwaar om tusschen onteigening en politierecht de juiste grens te trekken, als men beperkingen van den eigendom niet van het onteigeningsinstituut uitsluit — dit bezwaar is het voornamelijk

geweest, dat tot de bovengenoemde beperkte opvatting der onteigening heeft geleid [1]). Welnu tot opheffing van dat bezwaar is hier eene poging gedaan. Èn de grondslag èn de juridische beteekenis bleek een geheel andere te zijn. De grondslag van het onteigeningsinstituut ligt in de waardeering van de betrekking, waarin het werken van een persoon tot de gemeenschap staat; het doel is hier, bepaalde personen een zeker zaaksgenot te verschaffen. Van het politierecht ligt de grondslag in het afweren van schade, nadeel en hinder aan rechtsgoederen. De juridieke beteekenis der onteigening bestaat in het toekennen van zaaksgenot aan eenig rechtssubject, tengevolge waarvan de rechten van anderen op die zaak geheel of ten deele worden opgeheven; de privaatrechtelijke verhouding tusschen rechtssubjecten met betrekking tot zaken ondergaat wijziging. Het politierecht daarentegen brengt in de rechtsverhouding tusschen rechtssubjecten geene wijziging hoegenaamd; het vernietigt geheel of ten deele subjectieve rechten, door zekere genotsbetrekkingen niet als inhoud van die rechten te erkennen. Het kan dus nooit twijfelachtig zijn, of er onteigening dan wel politierechtelijke beperking plaats grijpt, ook al uit zich de negatieve werking van onteigening en van politierecht op dezelfde wijze. Eene eigendomsbeperking, bestaande bijv. in het niet mogen plaatsen van boomen op zijn erf, kan het uitvloeisel van onteigening en van politierecht zijn. Zij is het eerste, waar de beperking zich grondt

---

[1]) Misschien is het ook aan deze moeielijkheid toe te schrijven, dat de Staatscommissie voor de Grondwetsherziening van 1887 onteigening stelde tegenover beperking van eigendomsrecht. Te beweren echter. dat „theorie en praktijk" dit bevestigen, is al te boud gesproken. De wetgeving van verschillende landen en bijna alle publicisten brengen beperking van eigendomsrecht tot het onteigeningsinstituut. Natuurlijk valt daaronder niet elke eigendomsbeperking. Men moet onderscheiden, gelijk hierboven in den tekst geschiedt en ook in de voortreffelijke redevoering van Mr. Rutgers van Rozenburg bij de behandeling van art. 151 der Grondwet (Zitting 2e Kamer, 2 Mei 1887; Arntzenius, VII, bl. 149) helder in het licht wordt gesteld.

op een aan een bepaald persoon toegekend genot; ten behoeve van den Staat is bijv. het genot van uitzicht voor vestingen verzekerd, welk recht de bedoelde eigendomsbeperking ten gevolge heeft. Zij is eene politierechtelijke beperking, als zij door de Overheid wordt opgelegd in het belang van den aanliggenden weg; schade, nadeel of hinder aan een rechtsgoed: het verkeer, wordt er door voorkomen [1]).

Valt dus principiëel geen enkel rechtsfeit, voor zoover het, met betrekking tot het genot van zaken, wijziging in de privaatrechtelijke verhouding der rechtssubjecten brengt, buiten het onteigeningsinstituut, en is het alleen de titel, uit krachte waarvan dat feit plaats heeft, die het onderscheidingskenmerk vormt voor de onteigening ten algemeenen nutte, dan is daarmee nog niet gezegd, dat deze principiëele beschouwing dienst kan doen als middel tot interpretatie van het positieve recht,

---

[1]) Dat onpersoonlijke rechten op zaken het onderwerp van onteigening kunnen uitmaken, wordt in de literatuur vrij algemeen erkend. Op het gezag van Meyer (*Das Recht der Expropriation*, 1868, bl. 1 vlg.) wordt echter herhaaldelijk beweerd, dat persoonlijke rechten op zaken niet voor onteigening in aanmerking kunnen komen. Met Randa (*Das Eigenthumsrecht*, 1884, bl. 133 noot 10) acht ik het bewijs daarvoor niet geleverd. Men kan zelfs Meyer niet toegeven, dat zulk eene onteigening zich niet zal voordoen. Waar door huur een persoonlijk recht verkregen wordt, zooals bij ons, kan het geval zeer wel voorkomen, dat de ondernemer een hem toebehoorend goed, dat verhuurd is, moet gebruiken. De onteigening kan hem dan het volle genot der zaak verschaffen. — Ook is gestreden over de vraag, of goed, dat eene bestemming ten algemeenen nutte heeft, kan worden onteigend. Voor mij bestaat er geen reden van twijfel. Het gemeenschapsbelang kan vorderen, dat het goed van A door B worde bezeten. Dat A nu een ten algemeenen nutte werkend persoon is, evenals B, doet niet ter zake. Ook de belangen van deze beiden zijn, uit het oogpunt van hetgeen het gemeenschapsbelang vordert, te waardeeren. De ontkennende beantwoording der vraag heeft haar oorsprong in de opvatting der Fransche juristen, als zou het goed bij onteigening komen te behooren tot het *domaine public*. Grünhut (*Das Enteignungsrecht*, 1873, bl. 73 vlg.) en Mr. Thorbecke (bl. 77, 80) staan nog op dit standpunt. Dán kan er natuurlijk van onteigening geen sprake zijn, omdat het goed reeds tot het *domaine public* behoort.

met name van de constitutioneele voorschriften omtrent de onteigening. Doch wel heeft de wetenschap recht te verklaren, dat, gegeven deze kenmerken van het instituut van onteigening, het gebied van het instituut zich veel verder uitstrekt dan de wettelijke bepalingen doen blijken. Wanneer wij daarom nagaan de verschillende wijzen, waarop de uitoefening van het onteigeningsrecht is geregeld, dan mogen wij ons niet bepalen tot die regelingen, welke zich met name uitgeven voor eene regeling van de onteigening, doch dan dient te worden gelet op al die wetten, welke, op grond van den aangewezen rechtstitel der onteigening ten algemeenen nutte, eene wijziging in de privaatrechtelijke zakenordening mogelijk maken.

Denkbaar in de eerste plaats is, dat een ieder bij den rechter worde toegelaten tot het bewijs, dat de titel voor onteigening materiëel bij hem aanwezig is en dat hij dit of dat zaaksgenot behoeft. Het rechtsgevolg van de onteigening zou dan, na erkenning der vordering, intreden, behoudens schadevergoeding, zoo die voorgeschreven is. Dit denkbeeld ligt opgesloten in het beginsel, dat Napoleon stelde in zijne door Locré bekend gemaakte nota, uit Schoenbrunn in 1809 aan den Raad van State over de regeling van de onteigening gericht, nl. „qu'aucun citoyen ne peut être exproprié que par un acte judiciaire". Dat beginsel zou eigenlijk hebben meegebracht, dat niet meer de administratie, maar de rechterlijke macht titel en omvang der onteigening alsmede de schadevergoeding zou bepalen. Doch Napoleon heeft de historische zelfgenoegzaamheid der Fransche administratie [1]) hier slechts op één punt ter zijde

[1]) In het rapport der commissie uit het Wetgevend Lichaam over het ontwerp der wet van 1810 wordt, met verwijzing naar de bestaande wetten, dit uitdrukkelijk geconstateerd. „Vous voyez, Messieurs, que par ces diverses lois tout est régi et décidé administrativement; d'où il suit que les tribunaux n'ont eu, jusqu'ici, aucun droit de connaître de ces matières sous quelque rapport et dans quelque cas que ce soit." Locré, IX, bl. 747.

gesteld. De wet van 1810, welke van die nota het gevolg was, geeft aan het uitgesproken beginsel niet verder toepassing, dan door het vaststellen der schadevergoeding bij de rechterlijke macht te brengen [1]). De beoordeeling van het algemeen nut en van de behoefte aan onteigening blijft de administratie aan zich behouden; deze laat de tegenwoordige wetgeving nog aan haar over.

Zulk eene administratieve beslissing in elk concreet geval is een eerste vorm van regeling der onteigening. Ook in Pruisen vinden wij dezen vorm voor de toepassing der wet van 1874; evenzoo ook in de meeste andere landen. Bij ons is het als regel de wetgevende macht, die over het bestaan van den titel voor onteigening uitspraak doet. Dat hier het orgaan, waaraan wetgevende macht toekomt, over het algemeen nut en de behoefte aan onteigening beslist, verandert niets aan den juridischen aard der rechtshandeling. In eene rechtswaardeering treedt het niet; deze heeft bij voorbaat plaats gegrepen; want vaststaat, dat het gemeenschapsbelang wijziging in de privaatrechtelijke verhoudingen vordert, wanneer een werk ten algemeenen nutte onteigening noodig maakt. De wetgevende macht vervult hier dus eene taak, die buiten haar gewonen werkkring valt, daar zij het bestaan van feiten onderzoekt en declareert, nl. de aanwezigheid van het algemeen nut en de behoefte aan onteigening. Op te merken is hierbij, dat de wetgever bij ons niet, zooals in Engeland, den juisten omvang van hetgeen onteigend moet worden bepaalt. De Regeering, aan wie de aanwijzing der perceelen is opgedragen, beslist over den omvang der behoefte. De vraag, in hoever onteieigening noodig is, wordt dus bij ons beantwoord door den Wetgever en de Regeering: de eerste constateert bij den

---

[1]) Een oogenblik is er in den Raad van State (Locré, IX, bl. 673) sprake van geweest om nog de te onteigenen goederen door den rechter te doen aanwijzen, maar men heeft dit ten slotte toch bij de administratie gelaten.

ondernemer het bestaan eener behoefte aan onteigening [1]); de tweede den inhoud daarvan.

Na die drieledige feitelijke waardeering, waardoor het algemeen nut, de behoefte en de omvang der behoefte worden bepaald, is de titel voor onteigening compleet. Maar gelijk elke andere titel, welke tot wijziging van privaatrechtelijke verhoudingen strekt, kan ook van dezen de rechtsgeldigheid worden betwist. De rechter heeft dan te beslissen. Doch de bevoegdheid des rechters is tegenover dezen titel eene meer beperkte dan tegenover een contractueelen. Den rechter komt namelijk hier geen oordeel toe over de *causa*. De *causa* — het algemeen nut en de behoefte aan onteigening — beoordeelen volgens de wet andere Staatsorganen. De betwisting van de rechtsgeldigheid kan zich dus alleen daarop gronden, dat hetzij de *causa* door een dier organen niet is bepaald (de Wet of het Koninklijk Besluit er niet is), hetzij die organen, bij de vorming van den titel, de door de wet voorgeschreven wijze van werken niet hebben gevolgd. Doch onze wet is, evenals de Fransche wetgeving,

[1]) Dat den wetgever bij ons niet alleen over de aanwezigheid van het algemeen nut een oordeel toekomt, maar dat hij ook te beslissen heeft over de vraag, of de onteigenaar behoefte aan de onteigening heeft, is zeer terecht nog onlangs door de Tweede Kamer in het oog gehouden, toen bij haar aan de orde kwam een ontwerp tot onteigening voor den bouw van eene Beurs te Amsterdam door het gemeentebestuur. Niemand betwistte, dat in het algemeen de verwezenlijking van dit doel eene zaak van algemeen nut was; maar ontkend werd, dat het gemeentebestuur van Amsterdam daartoe onteigening behoefde, omdat het terreinen voor den beursbouw beschikbaar had. Ware de aanvraag om onteigening van eene particuliere onderneming uitgegaan, het ontwerp zou waarschijnlijk niet zijn afgestemd. (Zitting 30 September 1892). De Pruisische wet gaat nog een stap verder en wil ook onderzocht hebben, of alleen door middel van onteigening in de behoefte kan worden voorzien. Bähr (bl. 10) licht dit toe met de opmerking: „Es wird nicht allein darauf ankommen, dass für ein Unternehmen ein öffentliches Interesse obwaltet, sondern auch darauf, dass dasselbe wesentlich geschädigt oder gefährdet würde, wenn ihm nicht mit Hülfe des Enteignungsrechts an bestimmter Stelle Raum für seine Existenz geschafft würde."

voortspinnende op het adagium: „l'expropriation s'opère par voie de justice", een stap verder gegaan. Zij wacht van de belanghebbenden de betwisting van de rechtsgeldigheid van den titel niet af. Ambtshalve moet de rechter deze onderzoeken [1]). Zij stelt dus de belanghebbenden onder curateele, het *jus vigilantibus scriptum* acht zij hier niet van toepassing, niettegenstaande de wet toch alleen met het oog op de belangen der bijzondere personen de verschillende formaliteiten, waarvan de rechter de nakoming moet onderzoeken, heeft voorgeschreven, en het juist in het belang van den eigenaar kan zijn zich, in een gegeven geval, niet op het verzuim van formaliteiten te beroepen. De wet streeft dus haar doel hier voorbij. De werkzaamheid van den rechter te qualificeeren, zooals onze wet doet, als een „uitspreken der onteigening" is daarenboven geheel onjuist. Over de onteigening is uitspraak gedaan, als de wetgever en de Regeering hunne waardeeringen hebben verricht. Het „uitspreken van de onteigening" door den rechter is hier niets anders dan het executoir-verklaren van een titel, aan de vaststelling waarvan hij materiëel geen deel neemt [2]).

Een anderen vorm van regeling treft men daar aan, waar de wet bij voorbaat de doeleinden van algemeen nut heeft aangewezen. In de plaats van eene waardeering van

[1]) Het *ambtshalve* onderzoek van den rechter naar de geldigheid van den titel schrijft reeds de Fransche wet van 1810 voor. Ter elfder ure is dit, op voorstel van de commissie uit het Wetgevend Lichaam, in de wet gebracht. Locré, IX, bl. 721 j°. 725.

[2]) De wetgever schijnt nog in een ander opzicht zich de juiste beteekenis van dien titel niet helder voor oogen te hebben gesteld. Aanvankelijk dient hij den ondernemer slechts als proces-dreigement tegenover den eigenaar, om met dezen eene overeenkomst tot vaststelling van het bedrag der schadevergoeding aan te gaan. De wet zegt echter, dat hij eene minnelijke overeenkomst moet aangaan om het *goed* te verkrijgen. Doch is hier een contract tot afstand van het goed mogelijk? De vrije wilsbepaling kan bij den eigenaar niet aanwezig zijn. Eene minnelijke overeenkomst is alleen bestaanbaar met betrekking tot het bedrag der schadevergoeding.

het algemeen nut in elk concreet geval, is het algemeen nut voor eene reeks van gevallen bepaald. Onze Grondwet van 1848 had het algemeen nut vastgesteld van vestingbouw en van aanleg, herstel of onderhoud van dijken. Voor die doeleinden bleef dus slechts te waardeeren over, in hoever de onteigening noodig was (de behoefte en de omvang der behoefte). De wetgevingen van Hongarije en Beieren kennen uitsluitend dezen vorm van regelen. Wanneer dáár dus iemand een der in de wet genoemde doeleinden verwezenlijkt, heeft hij slechts zijne behoefte aan onteigening aan te toonen, om haar te verkrijgen. Het algemeen nut van zijn streven is bij voorbaat door de wet uitgemaakt.

De laatste vorm van regeling is eene tegenstelling van de zooeven besprokene. Voor eene bepaalde onderneming van algemeen nut regelt de wet bij voorbaat de grenzen van hetgeen te haren behoeve kan worden onteigend. De waardeering van het algemeen nut behoeft hier dus niet in concreto plaats te grijpen, ook het bepalen van de behoefte en soms ook van den omvang der behoefte aan onteigening valt weg. Als voorbeelden van zulk eene regeling wijs ik in de eerste plaats op de reeds vroeger genoemde Fransche en Belgische wetten op de telephonie. De Belgische wet verklaart ook bijzondere personen bevoegd, telephoongeleidingen aan te leggen; dezen hebben dan daarvoor concessie noodig. Eene beperktere toepassing dan de Belgische wet echter in dit geval van het onteigeningsrecht maakt, is niet wel denkbaar. Zij geeft den ondernemer geene andere bevoegdheid dan om telephoondraden boven de eigendommen te spannen, maar „sans attache ni contact". Dat hier geen schijnrecht wordt gegeven, is intusschen duidelijk. Het gonzen der draden en, waar een net van draden is gespannen, het ontnemen van licht kunnen het genot en daardoor de waarde van het huis verminderen. Er kan hier dus van eene eigendomsbeperking ten behoeve van een bepaalden persoon, die ten algemeenen nutte werkt, sprake zijn. Veel verder strekt Frankrijk de eigendomsbe-

perkingen uit voor de exploitatie der telephonie door den Staat. Het legt aan de eigenaars van huizen de verplichting op tot het dulden van *supports* en tot het verschaffen van toegang aan de beambten, ter vaststelling van het plan van bevestiging. Hoever elk eigenaar zich beperkingen in zijn eigendom ten behoeve der onderneming moet laten welgevallen, in hoever dus onteigening noodig is, wordt hier bepaald door den prefect, doch deze is daarbij aan de door de wet gestelde grenzen gebonden. Hier vloeit dus nog niet rechtstreeks uit de wet de titel der bevoegdheid van den ondernemer voort. Meili geeft aan deze beperkingen de namen van *telephoonrechtelijke servitutes tigni immittendi*, *trappenwegrechten*, *luchtwegrechten*. Met of zonder zulke vreemd klinkende namen is echter het rechtskundig karakter dezer regeling duidelijk. Wijziging in de privaatrechtelijke zakenordening heeft hier plaats krachtens de wet ten behoeve van een ten algemeenen nutte werkend persoon. Hetgeen hier voorvalt, behoort dus tot het instituut der onteigening ten algemeenen nutte.

Onder den hier bedoelden vorm van regeling vallen ook de bepalingen betreffende de requisities van levensmiddelen, paarden, schepen, transportmiddelen, enz. De wet schept hier voor een bepaald persoon, den Staat, een recht van onteigening, dat hij, telkens als de omstandigheden zich voordoen, kan doen gelden. Ditzelfde is het geval met onze Telegraafwet van 1852. De eigenaars van gronden worden verplicht te dulden het graven, opmeten of stellen van teekenen, het plaatsen van palen, het leiden der draden zoo boven als onder den grond, alsmede hetgeen voor de instandhouding van de telegraaf vereischt wordt, terwijl zij hun erf toegankelijk moeten stellen voor de ambtenaren der telegraphie. Een ten algemeenen nutte werkende persoon, de Staat of de bijzondere door de Regeering tot de exploitatie gemachtigde persoon, is krachtens de wet tot het opleggen der genoemde eigendomsbeperkingen bevoegd. Met inachtneming van de door de wet gestelde grenzen,

beoordeelt hij zelf den omvang der behoefte aan onteigening en ontleent dus zijn titel rechtstreeks aan de wet. — Een ander voorbeeld eener algemeene regeling van onteigening in den hier bedoelden zin levert de wet van 1853, betreffende het bouwen in de nabijheid van vestingen. Op te merken valt bij deze wet, dat eerst nog in eene waardeering wordt getreden van de eigendomsbeperkingen die noodig zijn, en dat belanghebbenden daartegen in verzet kunnen komen. De titel voor onteigening wordt dus hier weer niet rechtstreeks uit de wet geput.

In geen land nu komt deze vorm van regeling van onteigening meer voor dan in Frankrijk, tengevolge van de beperkte toepassing, die men aan de onteigeningswet van 1841 geeft, en het is dan ook dáár, dat men bij voorkeur de eigendomsbeperkingen ten behoeve van een ten algemeenen nutte werkend persoon samenvat onder den naam van „servitudes légales". Van de onteigening heeft men die, gelijk wij vroeger zagen, trachten te onderscheiden, doch men is daarin niet verder geslaagd, dan door de onderscheiding terug te voeren tot een verschil in de wijze van regeling. En dit is, het zij nogmaals op den voorgrond gesteld, eene volstrekt onverschillige zaak. Zal men met grond kunnen volhouden, dat in al die gevallen, waarin aan een persoon, die eenig werk van algemeen nut ten uitvoer legt, duurzame of tijdelijke rechten op zaken worden ingeruimd, in Frankrijk geene onteigening plaats grijpt, alleen omdat daarbij niet de wet van 1841, maar andere wetten toepasselijk zijn? Neen natuurlijk, tenzij het bewijs worde geleverd, dat alleen het toekennen van vollen eigendom van onroerende zaken — het onderwerp der regeling van de wet van 1841 — onteigening is, een bewijs, dat intusschen niet is te leveren. Maar als men dan eenmaal tegenover de wetgeving een zelfstandig standpunt moet innemen, waarom dit dan weer prijs gegeven, wanneer, voor eene incidenteele werking van het onteigeningsinstituut, in een gegeven geval van algemeen nut eene alge-

meene regeling in de plaats treedt? Met de qualificatie der eigendomsbeperkingen als „servitudes légales" heeft men nog niets gezegd. Er bestaat niet alleen geen enkel bezwaar, die servituten tot het instituut der onteigening ten algemeenen nutte te brengen, voorzoover het servituten zijn, die de wet ten behoeve van een ten algemeenen nutte werkend persoon heeft opgelegd, maar zij maken er in dat geval zeer stellig deel van uit.

Moesten wij nu een Code samenstellen van de hier te lande vigeerende wetsbepalingen betreffende de onteigening, dan zouden wij, op grond van het voorafgaande, niet mogen volstaan met eene verwijzing naar art. 151 der Grondwet en naar de Onteigeningswet van 1851, maar dan zouden daaraan moeten worden toegevoegd: art. 187 der Grondwet j°. de wet van 1866 op de requisities enz.; art. 152 al. 2 der Grondwet; voorts de reeds genoemde wetten betreffende de militaire servituten en de telegraphie, de wetten van 1669 en 1808 op de voet- en jaagpaden en nog eenige bijzondere wetsbepalingen meer. In dien Code zouden dan echter niet te vermelden zijn de wettelijke voorschriften betreffende de vernietiging van besmette zaken, niettegenstaande de Grondwet van 1848 deze als onteigening aanmerkte. Ze kan desnoods nog onder het woord „onteigening" worden begrepen; stellig niet onder de uitdrukking „onteigening ten algemeenen nutte". Dat ze buiten het onteigeningsinstituut valt, wordt door niemand meer betwijfeld. Terwijl in alle andere gevallen van politierecht de Overheid het bestaan van genotsbetrekkingen ten opzichte van eene zaak eenvoudig kan verbieden en bij overtreding tot de uitoefening van politiedwang vermag over te gaan, mist zij die bevoegdheid met betrekking tot besmette zaken. Door onteigening van deze voor te schrijven erkent de wet integendeel een recht op besmette zaken, maar zij wil tevens, dat dit recht bij de gemeenschap kome. Heeft die overgang plaats gegrepen, dan treedt de Overheid als zoodanig op

en vernietigt de zaak. De Overheid als zoodanig treedt op, niet als eigenaar der zaak; want de verplichting om deze te vernietigen rust allerminst op den eigenaar als zoodanig, daarentegen wel op de Overheid, die schade voor de rechtsgoederen der gemeenschap heeft te voorkomen. Langs een omweg komt zij dus tot de uitoefening van politierechtelijke bevoegdheid, een omweg, dien zij zelf noodig heeft gemaakt door, tegen alle rechtsreden in, een recht op besmette zaken te erkennen! Gelukkig dat de Grondwetsherziening van 1887 het mogelijk heeft gemaakt, met deze zonderlinge wijze van handelen te breken.

III.

Van de theorie keeren wij tot de practijk van den wetgever terug. Van het onteigeningsinstituut wordt eerst aan het einde der vorige eeuw met name in de wet melding gemaakt. In hooggestemde bewoordingen krijgt het zijne plaats in de eerste Fransche Constitutie. In dat land komt ook de eerste wettelijke regeling der onteigening tot stand. De andere landen volgen, en thans worden bijna overal, hetzij in de Grondwet hetzij in het burgerlijk recht, bepalingen betreffende de onteigening ten algemeenen nutte aangetroffen en bestaan er speciale wetten, die de werking daarvan regelen.

Met betrekking tot de beteekenis dezer wettelijke voorschriften doen zich nu de twee vragen voor, die in den aanvang van dit opstel reeds werden genoemd. Vooreerst deze, of door die voorschriften, en speciaal door de grondwettelijke bepalingen, het onteigeningsinstituut als het ware eerst wordt gecreëerd, en dus van geene verdere of andere werking der onteigening sprake kan zijn dan die haar daarin is toegekend. In de tweede plaats, op welk standpunt men zich moet plaatsen bij de interpretatie dezer wetsbepalingen?

Sporen van eene toestemmende beantwoording der eerste vraag zijn in de literatuur te vinden, voorzoover het onteigeningsrecht wordt opgevat als eene bijzondere, den Staat gegeven bevoegdheid. Beschouwt men het als staatsrechtelijke bevoegdheid, dan ligt de voorstelling voor de hand, dat hier voor de Overheid een recht is geconstitueerd dat, strijdig met hare taak om de rechtsorde te handhaven, haar is toegekend, om voor het algemeen belang eene baan te kunnen breken. Toepassing van het onteigeningsrecht is daarbij dus een *inbreuk* op het eigendomsrecht [1]).

Uit hetgeen hierboven omtrent den rechtsgrond der onteigening is medegedeeld blijkt, dat deze opvatting niet de mijne is. De onteigening wordt, zoo al niet buiten de rechtsorde geplaatst, dan toch als eene onregelmatigheid beschouwd, die het staatsdoel noodzakelijk maakt. Betoogd is hierboven, dat de onteigening het uitvloeisel is eener rechtswaardeering, die ten allen tijde is uitgeoefend, zij het ook, dat niet altijd het voorval onder dien naam is en wordt vermeld. Er is hier geen sprake van eene bevoegdheid, die naar willekeur gegeven of onthouden kan worden. Het is integendeel eene van de wijzen van rechtsverwezenlijking. Men moge twisten over den inhoud van den maatstaf, die bij de rechtswaardeering ten grondslag ligt; dat de rechtsnorm het resultaat, de neerslag is eener waardeering van belangen is een feit, dat empirisch vaststaat,

---

[1]) Men vindt deze opvatting niet altijd duidelijk uitgesproken, doch zij is heerschende. Ik wijs in het bijzonder op Grünhut, *Das Enteignungsrecht*, 1873, waar het heet, dat het Staatsgezag het recht heeft, „unter Umständen *sogar* (!) das individuelle *Recht* dem Gesammt*interesse auf zu opfern*" (bl. 7). „Die Staatsgewalt ist berechtigt, sich für ihre *Aufgabe* nothwendigen Eigenthums zu bemächtigen, das Gesetz *bewaffnet* sie zu diesem Zweck mit dem Rechte der Enteignung" (bl. 9). Deze opvatting vindt haar tegenhanger in de „heiligheid en onschendbaarheid" van den eigendom, waarvan sommige constituties, in navolging van de bepaling in de *Déclaration des droits de l'homme:* „La propriété étant un droit inviolable et sacré etc.", nog gewag maken.

gelijk ook dit uit de bestaande rechtsorde is af te leiden, dat aan die waardeering een quantitatieve en een qualitatieve maatstaf ten grondslag kan liggen, gelijk hierboven is ontwikkeld. Van geen persoon daarom, van den Staat evenmin als van eenig ander rechtssubject, zijn de belangen als zoodanig ooit rechten; zij worden dat eerst uit krachte eener waardeering tegenover de belangen van anderen, hetzij daarbij het gemeenschapsbelang of de quantitatief meerdere waarde, die de nieuwe norm voor de betrokken partijen zal hebben, als maatstaf wordt aangenomen. In dat waardeeren ligt de rechtsverwezenlijking, en van zulk eene waardeering is ook de onteigening ten algemeenen nutte het uitvloeisel. Dat een persoon algemeene belangen behartigt, doeleinden van algemeen nut verwezenlijkt, is een bloot feit, uit krachte waarvan de rechtsordening nimmer verandering kan ondergaan. Terwijl de rechtsorde zelf een samenstel is van waardeverhoudingen, kan wijziging der rechtsorde alleen bestaan in eene wijziging van die waardeverhoudingen, ten gevolge eener nieuwe waardeering. Het werken ten algemeenen nutte kan daarom alleen een feit zijn, dat bij de waardeering weegt en soms tegenover de belangen van andere personen zoo zwaar weegt, dat ten behoeve van den ten algemeenen nutte werkenden persoon eene verschuiving in de waardeverhouding, eene wijziging der rechtsorde plaats grijpt. In het instituut van de onteigening ten algemeenen nutte heeft men alzoo te zien een *organiek bestanddeel van de rechtsordening*. Eene staatsrechtelijke bevoegdheid om, desnoods tegen de rechtsordening in, voor het algemeen belang te zorgen, bestaat niet, en als zoodanig kan dus ook het onteigeningsrecht niet worden aangemerkt. De grondwettelijke bepalingen creëeren dan ook het instituut van onteigening niet, evenmin als eenige andere rechtsinstelling. De rechtsorde bevat ook voorschriften omtrent de rechtsverwezenlijking, maar haar eigen levensgebied bepaalt wet noch contract.

Welke is dan de beteekenis dier bepalingen? Waarborgen

te geven tegen misbruik van de onteigening ten algemeenen nutte: dat bedoelen de grondwettelijke voorschriften. Waren misbruiken niet voorgekomen, de Grondwet zou van dit stuk privaatrechtelijke ordening gezwegen hebben, gelijk zij zwijgt over tal van andere privaatrechtelijke instituten, zooals erfrecht, contract van arbeid, enz. Met het recht tot onteigening is het gelegen als met het recht van petitie en met het recht van vereeniging en vergadering. Hun aanzijn ontleenen zij niet aan de Grondwet. Tot keering van misbruiken behelst de Grondwet eenige voorschriften omtrent hunne uitoefening. Daardoor hebben zij nu echter eene zekere wijding bekomen, is ook de onteigening ten algemeenen nutte sterker op den voorgrond getreden, en heeft dit instituut den schijn gekregen, alsof daarbij van eene zeer exceptioneele bevoegdheid sprake was. In de voorgaande bladzijden heb ik getracht haar van dien nimbus te ontdoen en haar de behoorlijke plaats voor de ordening des rechts aan te wijzen. Het wil mij voorkomen, dat, had de Grondwet het instituut niet onder haar majestueuzen mantel genomen, ook literatuur en wetgeving zijn eenvoudig karakter wat minder zouden hebben verduisterd.

Waar nu de Constituties in meer of minder algemeene bewoordingen van onteigening melding maken, rijst de hierboven in de tweede plaats gestelde vraag, nl.: in welken omvang moeten die grondwettelijke bepalingen toepassing vinden? Is daar met onteigening ten algemeenen nutte bedoeld hetgeen theoretisch tot het instituut behoort, of heeft men een beperkter werking op het oog?

Ik wees er reeds op, dat die vraag recht van bestaan heeft, want de uitlegging der wet heeft hare eigen regels, gelijk ook voor den wetgever niet alleen de kunst van wetgeven hare eigene voorwaarden heeft, maar ook het gebied, dat hij door zijne normen wil beheerschen, uit vaste gezichtspunten moet worden overzien. Met theoretischen samenhang behoeft de wetgever geen rekening te houden en hij mag het ook menigmaal niet, omdat hij uitsluitend

met practische behoeften te rade behoort te gaan. De zelfstandigheid, die wij voor de theorie tegenover de producten van den wetgever vindiceerden, hebben wij omgekeerd voor de uitlegging der wet tegenover de theorie te handhaven. Dat ook dit laatste herinnering behoeft, blijkt uit de bestrijding, die de wetten op de telegraphie en op de militaire servituten bij ons hebben ondervonden. Herhaaldelijk werd tijdens de behandeling dier wetten, ten bewijze dat daarin onteigening werd toegelaten met voorbijgang van de grondwettelijke waarborgen, een beroep gedaan op hetgeen theoretisch als onteigening moet worden beschouwd. Correct daarentegen was de houding van Thorbecke, die uitsluitend het verband en de geschiedenis der wettelijke bepalingen beslissend achtte.

Ook voor de uitlegging onzer Grondwet hebben wij dus met de hiervoren gegeven begripsbepaling van de onteigening ten algemeenen nutte geen rekening te houden, en gereedelijk kunnen wij de beproefde uitlegging van art. 151 der Grondwet aanvaarden, volgens welke de daar gegeven voorschriften alleen betrekking hebben op onteigening van het goed, roerend en onroerend [1]). De eigenaardige waarborgen, die de Grondwet stelt, wijzen daar ook heen. Het voorschrift, dat alleen de wetgever en niet bijv. de Regeering of eenig ander administratief gezag het bestaan van het algemeen nut zal vaststellen, heeft voornamelijk reden van bestaan, waar de onteigening verlies van het goed medebrengt, hetgeen natuurlijk meestal onroerend goed zal zijn, omdat roerende goederen gemakkelijk langs contractueelen weg zijn te verkrijgen. Ook de voorafgaande betaling van schadevergoeding heeft bij onteigening van rechten op zaken niet dat gewicht, als waar het geheele genot van het goed te loor gaat [2]).

---

[1]) Buys, *De Grondwet*, II, bl. 251; Mr. W. Thorbecke, *Onteigeningswet*, bl. 49, en de commentaren van Boissevain, de Witt Hamer en van Andel.

[2]) Zoo behelst ook de Italiaansche wet van 1865, op eene enkele

Uit de beperkte strekking nu, die men aan de woorden *ontzetting van den eigendom* moet geven, vloeit voort, dat, waar het niet het goed zelf betreft, de wetgever volkomen vrij is, de onteigening te regelen op de wijze zooals hem goeddunkt. En met name kan dan ook bij de genoemde wetten op de telegraphie en het bouwen in de nabijheid van vestingen van strijd met de Grondwet geen sprake zijn.

Dat de wetgever van die vrijheid eindelijk eens wat meer gebruik make en in het bijzonder eene organieke regeling vaststelle voor de onteigening van rechten op zaken, is een wensch, waarvan mag worden verwacht, dat zij bij de toegezegde herziening der Onteigeningswet in vervulling komt. De grief tegen onze tegenwoordige wetgeving is niet, dat zij de onteigening van rechten op zaken onmogelijk maakt — want de wetgever is, gelijk werd opgemerkt, tot elke onteigening bevoegd en de Grondwet bindt hem slechts met betrekking tot de onteigening van goed aan het in acht nemen van zekere voorwaarden — maar de grief is, dat zij geene algemeene regeling van deze onteigening heeft gegeven. Voor zoover de wetgever zich niet eene bepaalde soort van onderneming heeft aangetrokken en voor deze eene onteigening van rechten op zaken heeft geregeld, staat men thans bij het aanleggen van telephoongeleidingen, tramwegen, duinwaterleidingen, rioleeringen, enz. voor het alternatief, om òf eene speciale wet te ontwerpen, welke de eigendomsbeperkingen bepaalt waardoor die werken kunnen worden uitgevoerd, òf wel de wet van 1851 toe te passen, maar zich dan ook eene onteigening van het goed te getroosten. Tot dit laatste wordt in de practijk de toevlucht genomen. Met die practijk zou men desnoods vrede kunnen hebben, wanneer daarmee alleen over de

---

uitzondering na, alleen eene regeling van onteigening van onroerend goed, omdat slechts aan zulk eene regeling behoefte bestond. Bij de behandeling der wet werd echter erkend, dat in beginsel alle zaken, roerende en onroerende, lichamelijke en onlichamelijke, voor onteigening in aanmerking kunnen komen. Sabbatini, t. a. p., I, bl. 187.

inelegantie moest worden heengestapt, dat een stuk goed, bij elk nieuw gebruik dat men er van maken wil, telkens moet worden onteigend. Maar die practijk is een dubbel onrecht dat men pleegt: aan de zijde van den eigenaar, die verplicht wordt meer af te staan dan de behoefte van het werk vordert; aan de zijde van den ondernemer, die een recht behoeft dat het genot van de zaak niet uitput, en toch met eene schadevergoeding wordt belast, welke naar het volle genot van de zaak wordt berekend.

Er is dus ook hier voor den wetgever nog eenig onrecht weg te nemen. Bij de vraag, hoe de zaak te regelen, behoeft hij om een antwoord niet verlegen te staan, daar andere landen haar reeds onder de oogen hebben gezien. Bij Frankrijk, dat ons langen tijd voor wetgevenden arbeid tot gids was, kunnen wij echter niet meer ter schole gaan. Het is thans Duitschland, dat hierin leiding geeft. Van zijn doorwrochten legislatieven arbeid heeft dan ook onze wetgever reeds menige vrucht geplukt en hij kan dat thans mede voor de regeling van het hierbedoelde onderwerp doen, want in de Pruisische wet van 1874 zal hij veel vinden, wat ook tot bevrediging van de behoefte hier te lande kan strekken.

HERINNERINGEN AAN PROFESSOR OPZOOMER EN ZIJN WERK,

DOOR

Mr. F. B. CONINCK LIEFSTING,

Vice-President van den Hoogen Raad der Nederlanden.

Nadat Cornelis Willem Opzoomer in September 1890 op bijkans negenenzestigjarigen leeftijd wegens ziekte als hoogleeraar in de wijsbegeerte aan de Universiteit te Utrecht was afgetreden, vestigde hij zich in het schoone Oosterbeek en leidde in dat stille landelijke dorp een kalm rustig leven. Zoo was de man, wiens stem bij schier elke belangrijke verschijning in het wetenschappelijk en maatschappelijk gebied door geheel Nederland veel en gaarne gehoord was, als het ware stil van het groote tooneel afgetreden, zonder zich weder aan het publiek, dat hem zoo dikwijls aangehoord en toegejuicht had, te vertoonen. Aan enkele vrienden was het bekend, dat eene chronische ziekte zijne lichaamskrachten langzaam sloopte en de uiting van het vroeger zoo werkzame machtige geestesleven doofde.

Eerbiedige schroom hield menigeen terug, den gevierden man in dien toestand op te zoeken. Men wist het, Opzoomer sleet in stille afzondering, niet vergeten, maar verwijderd van het gewoel der wereld, rustige dagen, verhelderd door de meest liefderijke verzorging zijner trouwe gade, die hem geen oogenblik verliet.

De kalme stilte, die hem omringde, bleef ongestoord, tot dat de niet onverwachte maar aangrijpende tijding op 22 Augustus van het vorige jaar tot ons kwam: Opzoomer is niet meer!

Toen ging bij tal van landgenooten een schok door de leden en werd de herinnering levendig, welk een indruk die man jaren achtereen schier op elk gebied der intellectuëele beweging in Nederland had gemaakt, terwijl van de edele figuur van den Utrechtschen hoogleeraar licht uitstraalde, dat van een opgewekt geestesleven getuigde.

Een schok was ook door het land gegaan, toen de jeugdige professor, nadat hij op 31 October 1845 te Leiden in de rechten en een paar maanden later *honoris causa* in de letteren gepromoveerd was, zijn hoogleeraarsambt in het auditorium te Utrecht aanvaard had met eene redevoering over *De wijsbegeerte, den mensch met zich zelven verzoenende.*

In schoone bezielde taal schetste de jeugdige hoogleeraar in den vollen gloed der eerste frissche overtuiging de onschuld van het geloof, den strijd van het onderzoek en de verzoening van het weten.

Menigmalen heb ik hooren getuigen van den diepen indruk der toespraak aan de studenten, waar hij eindigde met de woorden: „Laat de handen niet verslappen, maar steekt „ze uit naar den ploeg; de Heer zal den wasdom geven. — „Ja dat mogen wij van U vertrouwen, in wien alle waar„heid is. Uw geest verlichte ons verstand, en de uitkomst „zal onze hoop bekronen. Zoo bloeie deze Hoogeschool „onder Uwen zegen, zoo ga er niet verloren wat hier „wordt gewerkt en er zal verhooring zijn op ons gebed: „BESTRAAL ONS, ZON DER GERECHTIGHEID.”

Niet alleen bij de toehoorders, door het geheele land was de indruk groot, en ik mag het niet ontveinzen, de ontroering bij velen, die hun vrees uitspraken voor ondermijning van het geloof. Geen plek in ons land, of de optreding van Opzoomer en zijne redevoering werden besproken, bestreden, veroordeeld of bewonderd. Ik zelf ondervond daarvan den terugslag. In overleg met mijn vader was ik voornemens mij in September 1847 van het Athenaeum te Deventer te begeven naar de Academie te Utrecht, waarheen

ik mij bijzonder getrokken voelde door mijn vriend en mede-student, den begaafden, edelen, helaas, op jeugdigen leeftijd in eene hevige ziekte weggerukten literator en paedagoog E. van Gorcom. Naarmate de tijd van het vertrek meer naderde, zag ik, tot mijne verwondering, onrust en droefheid bij mijne moeder toenemen. Eindelijk bleek mij, dat, hoewel zij aan bespreking van onderwerpen van wijsbegeerte niet ongewoon was en zich daarbij als eene belangstellende en deelnemende toehoorderes betoonde, opmerkingen en waarschuwingen van welmeenende vrienden, die op het standvastig gemoed van mijn vader geen invloed hadden geoefend, een diepen indruk hadden achtergelaten bij mijne teergevoelige moeder. Zij gevoelde zelve, dat hare zorg eigenlijk onberedeneerd en overdreven was; maar zij kon die niet van zich afzetten en kreeg alleen rust, toen het besluit vaststond, om niet naar Utrecht, maar naar de Leidsche Academie te gaan.

Daar vond ik nog den weerklank van hetgeen Opzoomer was geweest in de studentenwereld, waar men nog vol was van verhalen, hoe hij schier in elk vak steeds den palm had weggedragen en zich zelfs in die wetenschappen, waarop hij zich niet bijzonder had kunnen toeleggen, meermalen de meerdere getoond had tegenover den zaakkundige, in wiens uiteenzetting het scherpe verstand van Opzoomer elke fout in de redeneering onmiddellijk opmerkte en verbeterde, hetgeen op het resultaat niet zonder invloed kon zijn. Van de zijde der professoren had hij steeds de meest treffende blijken van hoogachting ondervonden. Na afloop van het propaedeutisch examen, waarvoor hij zich had aangegeven, was hem medegedeeld, dat hem naar de mate zijner kennis een hoogere graad, die van candidaat in de letteren[1]), kon

---

[1]) Deze bijzonderheden zijn medegedeeld door den hoogleeraar Jhr. van der Wyck in den Utrechtschen Studenten-almanak. De uitreiking van den graad van candidaat aan den student, die het propaedeutisch examen had aangevraagd, was mogelijk, doordat O. met het voornemen om dit candidaats-examen af te leggen, waarvan hij

zijn toegekend. Bij de bekroning eener prijsvraag werd hem door Thorbecke medegedeeld, dat van het gebruikelijk examen tot zekerheid dat hij, die de beantwoording inlevert, zelf daarvan de bewerker is, bij hem werd afgeweken, omdat zijn naam voor de faculteit voldoende waarborg was.

Was het wonder, dat bij dezen jeugdigen man, na zulk een studententijd op schitterende wijze gepromoveerd en als hoogleeraar opgetreden, het vertrouwen op de vrucht van zijne denkkracht bijzonder was versterkt? Hooge en edele eerzucht vuurde hem aan tot gestadige krachtsinspanning, ten einde de vruchten zijner denkbeweging op het uitgestrekte gebied van wijsbegeerte, letterkunde, godsdienst, staatsrecht en burgerlijk recht aan de wereld mede te deelen. Ongelooflijk snel volgden de kleinere en grootere geschriften van den onvermoeiden arbeider elkander op. Nadat hij reeds als student begonnen was met het uitgeven van eene brochure en in 1846 in twee geschriften van eenigszins grootere afmeting tegen de gevoelsleer van Ds. Oosterzee en van professor Scholtèn was opgetreden, waren het in de eerste plaats geschriften van wijsgeerigen aard, waarin de jeugdige hoogleeraar voor zijne landgenooten optrad. Daaronder merken wij op *Het wezen der deugd*, eene serie van voorlezingen in 1848 verschenen, waarvan eene nieuwe bewerking in 1868 uitkwam onder den naam van *De vrucht der Godsdienst.* Noode onthoud ik mij er van, enkele stukken, uitblinkende door schoonen vorm en keur van taal, mede te deelen. Maar het zou mij te ver afleiden, om zoovele schoonheden, in de verschillende geschriften verspreid, in herinnering te brengen.

Bijzondere zorg werd besteed aan het college, waarin zich destijds de studenten verdrongen, zeker een niet zeer

later tot bekorting zijner studiën had afgezien, vroeger het grootmathesis-examen, dat aan het candidaats-examen moest voorafgaan, gedaan had. Deze opmerking ben ik verschuldigd aan de welwillende inlichting van den hoogleeraar Dr. R. Fruin.

gewoon verschijnsel bij de lessen over wijsbegeerte aan onze hoogescholen.

In 1851 gaf hij zijne handleiding voor het college in de logica *De weg der wetenschap* uit, een boek, dat in ons land onmiddellijk zeer verspreid was en reeds in 1852 in het Duitsch vertaald werd. In dit leerboek, dat aan helderheid weinig te wenschen overlaat, ontwikkelt hij zijne methode der ervaring. De gewaarwordingen door de aandoening der zintuigen staan op den voorgrond, als grondslag voor de kennis der natuur. Daarbij sluit zich aan, wat Opzoomer noemde het gevoel van lust en onlust [1]), de *affectus*, waarvan Spinoza in het 3de deel zijner *Ethica* (prop. 59) een overzicht gaf, als de meest volledige statistiek der driften en hartstochten.

Daarnevens staat het gevoel van het schoone, als grondslag der schoonheidsleer (aesthetica), niet te verwarren met het gevoel van lust en onlust, evenzeer te onderscheiden van het gevoel van zedelijkheid, verschillend van het natuurschoon, al moge de kunst zich in hare uiting van de meest zuivere en nauwkeurige beelden, zooals de natuur die aanbiedt, bedienen.

Behalve deze gewaarwordingen ontstaat bij den mensch, bijzonder in de betrekking tot anderen, het gevoel van plicht, dat zijne handelingen moet leiden, waar zij met dat gevoel

---

[1]) Daaronder ook liefde en haat, die in *Het wezen der kennis*, bl. 68, beide even noodwendig genoemd worden. Hij laat echter volgen: „Het voortduren en heerschen van haat en alle kwade harts- „tochten wordt onmogelijk, waar de mensch tot ware wijsheid komt." Dit herinnert aan hetgeen op den voorgrond staat in de definitie van vrijheid bij Spinoza, *Ethica* IV, prop. 67, *dat de mensch vrij is, die alleen door de inspraak der rede* (van het geweten) *geleid wordt.* „Homo liber, hoc est, qui ex solo rationis dictamine vivit, mortis „metu non ducitur, sed bonum directe cupit." — Op eene andere plaats zegt dezelfde wijsgeer, die ondervonden had, wat vijandschap vermag, dat vijanden ons zeer veel kwaad kunnen aandoen, maar dat het grootste kwaad, dat zij iemand kunnen berokkenen, is het in hem overbrengen van hun geest van vijandschap. — Ongelukkig hij, die de zedelijke kracht mist, zich daarvoor te vrijwaren.

van lust of onlust in strijd kunnen geraken. Dit gevoel van plicht is de bouwstof der wetenschappen van de zedelijkheid, van het recht en van de maatschappij. In latere geschriften, zooals *De waarheid en hare kenbronnen* van 1862 en *Het wezen der kennis* van 1863, alsmede in vele kleinere geschriften, komt in verschillende vormen dezelfde opvatting voor, dat het plichtsgevoel, de stem van het geweten, geenszins voor alle tijden onveranderlijk vastgesteld, maar zich van de willekeur van de menschen volkomen onafhankelijk in de menschelijke samenleving ontwikkelende, het kenmerk is onzer hoogere natuur. Als hoogste wet voor de menschelijke samenleving erkent hij ook in *Het wezen der deugd* het Christelijk beginsel: „*Hebt Uwen naaste lief als U zelven.*"

Uit deze vier kenbronnen vloeit al onze kennis van de wereld voort; maar aan deze kennis der wereld hebben wij, zooals wij o. a. vinden in *Het wezen der kennis* § 14, niet genoeg. Onze zedelijke natuur dringt ons tot het aannemen van eene oorzaak der wereld, die haar doel stelde in den triomf van hetgeen waar en schoon en goed is. Trouwens hier beroept hij zich niet op de ervaring van den enkelen mensch alleen en op zich zelf (bl. 80), maar op het doorgaand algemeen menschelijk gevoel, al is dit niet bij allen zonder uitzondering waar te nemen. „Dat dit Godsdienstig „gevoel den mensch eigen is, zoodat men recht had, hem „een Godsdienstig wezen te noemen, leert de geschiedenis. „De uitnemendsten van ons geslacht heeft het krachtig „gewekt, en geen hunner heeft ook tegenover de menigte „zich ooit vruchteloos er op beroepen. Door een beroep op „dat gevoel, niet door bewijzen van den leerstoel der weten„schap, zijn de Godsdiensten der menschen gesticht, de „groote hervormingen op dit gebied bewerkt."

De opmerking is herhaaldelijk gemaakt, dat Opzoomer hier zijn vroeger wetenschappelijk standpunt, in de geschriften tegen Oosterzee en Scholten gehandhaafd, had verlaten en zelf in de gevoelsleer op theologisch gebied was teruggevallen. Hij zou daarop hebben kunnen antwoorden,

dat hij even sterk bleef ijveren tegen de inmenging van den Godsdienst in de vragen der wereldwetenschap. „Waar „het", zoo schrijft hij, „op het verklaren, het begrijpen „der wereld aankomt, het aanwijzen van den samen„hang, het verband van oorzaak en gevolg tusschen hare „verschijnselen, daar wil zij alleen de wereldwetenschap, „niet de godsdienst laten spreken, zoodat wel uit de andere „kenbronnen, maar niet uit die van het godsdienstig gevoel „der kennis geput wordt." Bijzonder wijst hij op het nadeel, dat door de inmenging van godsdienstleer in de natuurwetenschappen, de geschiedenis en de staatsleer is gebracht [1]). Zelfs op het gebied der zedelijkheid is volgens hem op die wijze veel kwaad gesticht en is men daarenboven tot de grove misvatting gekomen, dat de godsdienst altijd in strijd was met de wetenschap: terwijl daarentegen de godsdienst, die door de wetenschappelijke critiek met geen gevaar bedreigd wordt, op zijn eigen terrein gehouden, als een bron van moed, van vertrouwen en hoop, ons in staat stelt met kloeken geest onzen weg te bewandelen, door niets tot wanhoop of wankelen gebracht [2]).

Gelijk de liefde tot den naaste en het voorschrift om zijn geluk te bevorderen de grondslag is, waarop de zedelijkheid gebouwd wordt, zoo is zij evenzeer de grondslag voor het recht. Herhaaldelijk komt dit in verschillende ge-

---

[1]) Beoefening van elke wetenschap naar hare eigenaardige kenbronnen en beginselen sloot zich bij Spinoza, *Ethica* V, prop. 24, aan den regel: „Quo magis res singulares, eo magis Deum intelligimus."

[2]) Uit de vele geschriften van O. spreekt een reine edele geest. Hij was begaafd met een diepen blik in de werking van zedelijke beginselen op het menschelijk en maatschappelijk leven. Dat vermogen is ook overgegaan op zijne talentvolle dochter Adèle, gehuwd met professor G. von Antal, te Papa. Door helderen en kernachtigen stijl en bijzondere fijnheid en diepte in de schildering van den strijd van beginselen en hartstochten, hebben hare onder den naam van Wallis uitgegeven werken, o.a. *In dagen van strijd* en *Vorstengunst*, wegens enkele aanmerkingen op zuiverheid van taal en enkele Germanismen aanvankelijk door sommige letterkundigen niet genoeg gewaardeerd, eene hooge blijvende waarde.

schriften terug, bijzonder ook in zijne verhandeling over het Academisch proefschrift van J. O. H. Ramaer, *over den grond en het begrip des rechts naar de school van Herbart*, in de *Themis* van 1866. Hij maakt daarbij, op bl. 344, de opmerking, dat het negatieve voorschrift, niets te doen, waardoor aan het geluk van anderen nadeel wordt toegebracht, voor het gewone recht het belangrijkste is. „Niet-„hinderen gaat aan bevorderen vooraf, niet-schaden aan hel-„pen. En het eerste is nog gewichtiger, dan het laatste. Het „meeste ongeluk op de wereld is niet daaraan te wijten, „dat de menschen elkaar zoo weinig helpen, maar daaraan, „dat ze elkaar zooveel schade toebrengen, zoo dikwijls in „den weg staan.” Werkelijk is de eerste eisch van het recht hoogst eenvoudig. Bevorder uw eigen geluk, zoo dat het met het geluk van de geheele maatschappij in overeenstemming zij, en wijd uwe krachten aan 't geen het geluk der geheele maatschappij bevordert. Het spreekt van zelf, dat onder den dwang van het recht alleen de meest noodige plichten tegenover anderen kunnen worden gebracht, omdat aanwending van den rechtsdwang wel als een onvermijdelijk, maar toch steeds als een kwaad moet worden aangemerkt. Alles vloeit uit dit eene hoofdbeginsel voort, bepaaldelijk de drie grondregels van de Romeinsche juristen: *aan ieder het zijne geven*, *niemand benadeelen*, *eerzaam leven* [1]). Het laatste zou volgens Opzoomer in de twee eerste begrepen zijn. Dit kan men niet toegeven. Daarin ligt het voorschrift, om zoo te leven, dat het zedelijk element bij anderen daardoor versterkt worde, en tevens de strenge eisch, die bij grove overtreding zelfs door straf wordt verzekerd, dat wij niets doen, wat aan het gevoel van zedelijkheid bij anderen ergerlijken aanstoot geven zou, al wordt door die handelingen geene bepaalde schade toegebracht.

Uit hetzelfde hoofdbeginsel, in verband met het recht tot zelfverdediging, dat binnen de grenzen der noodzakelijk-

---

[1]) *Suum cuique tribuere*, *neminem laedere*, *honeste vivere.*

heid aan elk mensch en des te meer aan allen te zamen in den Staat toekomt, vloeit dan ook [1]) voor den Staat het recht voort, de noodzakelijke opofferingen, zelfs, waar de nood dringt, met het uiterste levensgevaar te vorderen, en in het uiterste geval de doodstraf te eischen, doch ook alleen dan wanneer het niet mogelijk is, de maatschappij op eene andere wijze te verdedigen. Waar een wetgever zonder die noodzakelijkheid, die in onze tegenwoordige gewone burgerlijke maatschappij niet bestaat, doch in oorlogstoestand bij het leger mogelijk moet geacht worden de doodstraf toeliet, zou hij den gewichtigen regel voorbijzien, dat elke daad tegen eens anders vrijheid en leven tot zelfverdediging beperkt moet worden binnen de grens van noodwendigheid. Wie die grens overschrijdt, handelt tegen het recht.

Bij al de werkzaamheid, aan de wijsbegeerte, de algemeene rechtsbeschouwingen en maatschappelijke en letterkundige onderwerpen gewijd, werd studie van het burgerlijke recht niet uit het oog verloren.

Opzoomer was gepromoveerd op eene dissertatie over *de natuurlijke verbintenis*. Hij zag daarin volgens het gecodificeerde recht de door dat recht erkende burgerlijke verbintenis (*obligatio civilis restricta*), waaraan niet het recht van opvordering, maar wel het recht van verdediging tegen eene rechtsvordering verbonden was. Dit is de practische verschijning van dit begrip. In het algemeen stond hij de wetsverklaring voor, die zich in de eerste plaats houdt aan de grammaticale verklaring van de woorden der wetsbepaling zelve en alleen bij twijfel een beroep doet op het stelsel der wet, zooals het uit andere wetsbepalingen blijkt, en eerst in de derde plaats eene verklaring wil toelaten uit de wording van de wetsbepaling en hetgeen daaraan voorafging, de historie.

Weldra, (1848—1852), verscheen de *Aanteekening op de*

---

[1]) Dat deze gevolgtrekking voor de hand ligt, valt in het oog. Ik herinner mij echter niet, dat zij door O. zelf is uitgesproken.

Wet, houdende algemeene bepalingen der wetgeving, en het zich daaraan aansluitend: *Burgerlijk Wetboek*, *Aanteekening op de artikelen, die thans nog verklaring noodig hebben.* De boeken werden door de studenten gretig gelezen. Nog herinner ik mij, dat die artikelen onzer wet, waarop wij eene aanteekening van Opzoomer aantroffen, mij bij het begin mijner studie van het Burgerlijk Wetboek het meest welkom waren. Het gevoel van onvoldaanheid en teleurstelling, dat zich van ons meester maakte, toen wij uit de school van het Romeinsche recht, waar alles midden uit het leven gegrepen en met meesterlijke hand in juiste en bondige taal is uitgedrukt, overgingen tot de geschriften over het nieuwe recht, waar men voor een deel soms bij langgerekte weinig doeltreffende uitweidingen bladen bij bladen kon omslaan, zonder een goed gevat practisch denkbeeld te vinden, drukten wij destijds wat forsch, maar niet geheel onjuist uit, in de woorden, dat het ons daarbij te moede werd, alsof wij uit het druk verkeer eener levende maatschappij in een groot knekelhuis waren afgedaald.

Al mocht ons de inhoud wel eens teleurstellen, in deze aanteekeningen vonden wij althans logische kracht en een helderen gespierden stijl, die ons aantrok. Wel werd alras de opmerking gemaakt, dat het geschrift weinig beantwoordde aan den titel, waar deze aanleiding gaf tot de meening, dat hier zou verklaard zijn, in hoofdzaak althans, al wat in ons Burgerlijk Wetboek nog verklaring behoefde. Bij die critiek viel in het oog, dat de verwachtingen van al wat Opzoomer leveren zou, buitengewoon hoog gespannen waren. Dit sprak ook duidelijk in de grondige, maar scherpe critiek van J. Kappeyne van de Coppello in de *Themis* van 1849 en 1850. Zijne aanmerkingen waren voor het meerendeel gegrond; maar de strengheid van zijn oordeel vond ook hare oorzaak in de hooge verwachtingen, die algemeen omtrent Opzoomer gekoesterd werden. „Eerlijk gesproken, ware mijne teleurstelling", zoo schrijft hij, „misschien minder volslagen geweest bij het

„werk van een schrijver, in de wetenschap geheel onbekend. „Doch O. behoort van zich, het vaderland van hem meer „te eischen."

Kappeyne toonde zich destijds reeds diep doordrongen van den hoogen eisch eener geheele hervorming der methode onzer rechtsbeoefening, waarin wij den weg, om de uitspraken van het Romeinsche recht, als het ware in een versteeningsvorm tot ons gekomen, eenvoudig over te nemen, moeten verlaten, en trachten door nauwkeurige opsporing van de procesvormen, waaronder zij allengs zijn ontstaan en zich tot volkomenheid ontwikkeld hebben, het geheele stelsel van dat recht als de bezielde uitdrukking eener levende maatschappij voor ons oog te zien optreden. Daarbij moet zich weder de kracht ontwikkelen, om het verband te zien tusschen woord en daad, recht en leven, wet en maatschappij. Langs dien weg kunnen de wetten gevonden worden, volgens welke de bij een energiek volk opkomende nieuwe krachten in geregelde samenwerking tot bevordering der maatschappelijke belangen tot vollen wasdom kunnen komen. Van onze juristen, als zij niet voor den kabel zinken willen, om de rechtswetenschap met de algemeene volksontwikkeling gelijken tred te doen gaan, wordt daarvoor verbazende krachtsinspanning gevorderd. Hoewel den historischen jurist steeds de gebiedende eisch voor oogen staat, om zonder iets buiten noodzaak af te breken steeds op het bestaande voort te bouwen, moet van eene oude sleur worden afgeweken. Men heeft de Romeinsche rechtsstellingen niet alleen in hare ontwikkeling na te sporen, maar ook te volgen in de latere vervorming in den Christentijd onder den invloed der begrippen van de Germaansche stammen en de volken van Europa in den nieuwen tijd. Ik zal de laatste zijn om iets af te dingen op dien eisch voor de Nederlandsche ontwikkeling, waarvoor Kappeyne door zijne geschriften, door zijne adviezen en pleidooien, door zijne deelneming in de voorbereiding en beraadslaging in de wetgevende macht gedurende zijn geheele

leven voortdurend gearbeid heeft en nog door zijn raad en invloed blijft werken; maar de eisch tegenover den jeugdigen hoogleeraar in eene andere faculteit was werkelijk alleen aan te hoog gespannen verwachting toe te schrijven. Het afkeurend oordeel was te streng geformuleerd [1]) en oefende geen grooten invloed op de verdere bewerking. Toch bleef het niet geheel onopgemerkt. Zoo vindt men later in het *Burgerlijk Wetboek* de uitdrukking, dat het huwelijk een contract is, waarop K. ook aanmerking had gemaakt, niet weder terug, en zelfs in de *Weg der Wetenschap* op bl. 35 uitdrukkelijk vermeld, dat het huwelijk geen *contrat nuptial* is [2]).

Dit eerste werk in drie deelen over ons Burgerlijk Wetboek moet men beschouwen als eene omwerking en bijwerking van aanteekeningen, door den student in zijn studietijd te Leiden gemaakt. Uit dat oogpunt moeten zij bewondering wekken en rechtvaardigen zij volkomen de hooge verwachtingen, die zijne tijdgenooten en de hoogleeraren omtrent dezen jongen man van buitengewonen aanleg hebben gekoesterd. Mocht men van Opzoomer destijds wachten, dat hij de vruchten van het begin zijner rechtsstudie nog ongedrukt had gelaten om later de rijpere vruchten van volkomen studie te geven? Bij de beoordeeling van den ernstigen eisch, werkelijk door Kappeyne gesteld, bedenke men, dat Opzoomer niet was professor in de rechtswetenschap, dat zijn hoogleeraarsambt in eene andere richting groote inspanning eischte en dat, waar hij zich buiten zijn eigenlijke vak wilde begeven, op zoovele andere levensvragen de medewerking en het oordeel van den gevierden man werd ingeroepen. Nadat men tot kalmer besef van den aard van het academisch onderwijs en van

[1]) Er moge aanvankelijk eene verwijdering zijn ontstaan, dit was niet van invloed op de latere verhouding, die van vriendschappelijken aard was.

[2]) Men vindt dit punt ook door mij aangestipt in *De algemeene beginselen van de leer der rechtsgeldigheid van overeenkomsten*, bl. 272.

zijne voorlezingen over wijsbegeerte en godsdienst was gekomen, was de storm, die bij zijn optreden eerst was opgestoken, weldra bedaard, en werd de opwekkende kracht, die van hem uitging, door studenten en ouderen, die zich òf met zijne geschriften bezig hielden, òf zijne lessen en lezingen kwamen bijwonen, algemeen erkend, ook door de theologen van verschillende richtingen. Meermalen heb ik van sommige der meest uitstekende orthodoxe theologen met warmte hooren getuigen van het opwekkend element der lessen van Opzoomer, waaraan zij erkenden in hunne ontwikkeling veel verplicht te zijn.

Hoe verschillend was de uiterlijke toestand, vergeleken bij dien van den wijsgeer in de 17e eeuw, uit de gemeenschap van familie en alle oude betrekkingen verbannen, Spinoza, weliswaar met zelfvoldoening, maar in eene weinig aanzienlijke omgeving in eene eenvoudige kamer op de Paviljoensgracht te 's Gravenhage als een vergeten burger levende, zwak van lichaam, zoo uit de wereld teruggetrokken, dat hij een aangeboden leerstoel aan de Academie te Heidelberg afwees, om enkel te kunnen leven voor het verder brengen van de wijsbegeerte zelve [1]). Opzoomer daarentegen de krachtige man, door zijne voordracht en zijn geheele uiterlijk een machtigen indruk makende bij zijne lessen en zijne tallooze voordrachten in geleerde genootschappen en vereenigingen van maatschappelijken aard, alom geacht, geëerd, geprezen en gevierd. Wat hij sprak, vond gemakkelijk ingang. Al wat hij liet drukken, vond gretig lezers. Uitgevers zochten om strijd daarmede te worden begunstigd. Moest de gevierde man er zoo niet toe gebracht worden, om snel tot het in schrift brengen en doen drukken zijner gedachten over te gaan?

Werkelijk hadden de *Aanteekeningen* zooveel succes, dat hij spoedig werd aangezocht en er toe overging, om op breeder schaal *Het Burgerlijk Wetboek* uit te geven, waarin

---

[1]) *Ad promovendam ipsam philosophiam,*

de vroegere aanteekeningen met de noodige, soms veelvuldige, veranderingen werden opgenomen en aan elken titel een overzicht vooraſging. Dat werk, in 1865 begonnen, werd geregeld voortgezet tot het einde van den laatsten titel van het derde Boek, totdat de toenemende ziekte zijne werkkracht langzamerhand doofde. Het oorspronkelijke werk van 3 deelen was zoo uitgezet, dat het over de 3 eerste Boeken 11 deelen besloeg [1]).

Geen twijfel, dat ook dit grootere werk niet geheel aan de bovengemelde strenge eischen voor de hervorming onzer rechtsbeoefening beantwoordt; maar van een doorloopenden uitgebreiden commentaar kan dit thans ook onmogelijk worden gevorderd. De bewerking van enkele deelen van het Romeinsche recht, in verband met de rechtsvormen, waaronder het ontstaan en ontwikkeld is — niet zooals die wel eens zonder de vereischte nauwkeurigheid, al is het soms niet zonder eenig vernuft, is geschreven door juristen, die ongetwijfeld de bekwaamheid niet zouden hebben bezeten, om in een *consilium* van Papinianus of Ulpianus zitting te hebben kunnen nemen — vordert ongeloofelijk veel inspanning en tijd. Een groot deel der tegenwoordige bewerkingen van verschillende onderdeelen is voor doeltreffenden invloed op de verklaring van het latere recht geheel onvoldoende. Welk een historische arbeid moet nog voorafgaan, om de latere ontwikkeling van onderscheidene rechtsinstellingen tot in bijzonderheden te volgen.

Die arbeid is veel te omvangrijk, om haar op het geheele gebied van het Burgerlijk Wetboek van den schrijver van een commentaar te wachten. Diens eigenaardige verdienste ligt in het verzamelen en ordenen van 't geen door bijzondere studie der verschillende deelen en bijzonder ook door de rechtspraak aan het licht is gebracht. Dat O. op dit laatste gebied niet het sterkst is en dat hij op enkele

[1]) De voortzetting is ondernomen door Mr. J. A. Levy, die reeds in 1892 eene eerste aflevering het licht deed zien.

punten tot misvattingen komen moest, was te wachten van den man, die nooit op practisch gebied aan de rechtsbedeeling had deelgenomen. Eén voorbeeld tot opheldering kan hier volstaan.

O. behandelt bij art. 629 de vraag: of bij elke opvordering van eigendom of bezit de regel moet gelden, dat de gewaande bezitter, die zich in het proces als bezitter voordoet, voor bezitter moet worden gehouden, en moet worden veroordeeld tot vergoeding van al de schade, die door de niet-herstelling in het bezit wordt veroorzaakt. O. gaat bij art. 629 van de opvatting uit, dat het Romeinsche recht, waar het zulk eene actie toeliet, de *fictio* aannam, dat de gedaagde rechtens voor bezitter gehouden werd, en dus moest betalen, alsof hij bezitter was. Evenals bij den regel, die voor de rechtsvordering wegens gewelddadige ontzetting bij art. 620 uitdrukkelijk is voorgeschreven, dat hij, die zich te kwader trouw van het bezit ontdaan heeft, moet veroordeeld worden, even alsof hij werkelijk was blijven bezitten, maakt O. de opmerking, dat zulke *fictiën* alleen op de stellige wet kunnen steunen. Uit het zwijgen der wet maakt hij dan de op zich zelf niet ongegronde gevolgtrekking, dat de Romeinsche rechtsregel bij ons niet meer bestaat. Daarbij is echter voorbijgezien, dat de aanneming van het zich te kwader trouw voordoen als bezitter, steunt op de houding, de erkentenis, in het proces, en dat de gedaagde zich aan het gevolg, daaruit voortvloeiende, dat het in het proces er voor gehouden wordt, dat hij bezitter is, niet weder onttrekken kan. Dat hij de nadeelige gevolgen draagt is billijk, omdat hij te kwader trouw handelde, gewoonlijk in samenspanning met den werkelijken bezitter, die achter de schermen blijven wil.

Waar niet gestadig het oog gericht is op de historische vorming, moeten soms gewichtige rechtsbeginselen worden voorbijgezien. Zoo zien wij noch bij art. 1146, dat de verplichting der erven tot betaling van alle schulden en lasten inhoudt, noch bij art. 1415, dat de rechtsvordering wegens

laster, hoon en beleediging tegen de erven uitdrukkelijk toelaat, iets vermeld, of de regel van het Canonieke recht [1]) bij ons geldt, dat onder de schulden van des erflaters boedel behoort de vergoeding van de schade, door zijne onrechtmatige daden veroorzaakt. Het Romeinsche recht liet, zooals bekend is, behalve in geval van *litis contestatio* vóór het overlijden, alleen terugvordering toe door de *condictio furtiva*, voor zoover de erven uit de onrechtmatige daad voordeel zouden hebben getrokken. Het oordeel over dergelijke vragen van verschillende rechtsbeginselen zou voor het wikkend brein van den wijsgeerigen jurist aantrekkelijker zijn geweest, dan tal van redactie-quaestiën, die, gewichtig voor elk bijzonder geval, dikwijls het algemeen rechtsstelsel weinig raken.

Hoe weinig men tot stellige oplossing komt zonder nauwkeurige kennis der historie, kan ook blijken uit de behandeling van de afdeeling over nietigheid en vernietiging van verbintenissen. O. maakt de alleszins juiste opmerking, dat de woorden *nietigheid*, *nietigverklaring* en *vernietiging* door elkander gebruikt zijn, zonder dat men een rechtsverschil daartusschen kan maken. Werkelijk was het oude verschil tusschen de *action en rescision*, het *relievement* van het Oud-Hollandsche recht, de herstelverleening en de gewone actie tot nietigverklaring, de *action en nullité*, reeds opgeheven in den Code civil, waar het opschrift dan ook sprak van de „action *en nullité* ou *en rescision*", als termen van gelijke beteekenis.

Een verschil tusschen volstrekte nietigheid, waarbij alles wegvalt, wat ingevolge het nietige contract is gedaan, en vernietiging, waarbij al hetgeen door derden te goeder trouw ingevolge het vernietigde contract verricht is, in stand blijft, wat wijlen professor Goudsmit bijzonder wenschelijk achtte en hetgeen Unger als *Nullität* en *Anfechtbarkeit* volgens het Oostenrijksche wetboek aldaar ingang wilde doen vinden, is uit de bestaande wet niet af

[1]) *Bezitrecht*, bl. 311—317.

te leiden. De rechter zal het best doen, derde bezitters en rechtverkrijgers zooveel mogelijk voor schade te vrijwaren, in zoover mag worden aangenomen, dat zij van de gebreken en de handelingen der voorgangers niet alleen onkundig zijn geweest, maar dat hun ook geen verzuim of nalatigheid in onderzoek kan worden ten laste gelegd.

Dat meer kon gelet zijn op de historische vorming der rechtsbeginselen over contracten en verbintenissen [1]), dat meer aandacht kon zijn geschonken aan de procesvormen, waaronder zij ontstaan zijn, en waardoor zij hare verklaring vinden, en op de afwijkende beginselen in het familierecht, het bezit, de opvatting van zakelijke rechten en van den eigendom: wie zal het ontkennen? Maar O. was veel te scherpzinnig en zijn oordeel te omvattend, dan dat men zou kunnen vooronderstellen, dat de historie bij de verklaring verwaarloosd zou zijn. Van het tegendeel levert ook zijn *Burg. Wetboek* onwederlegbare bewijzen.

Zoo vinden wij op art. 1612 eene, met vermelding van eenige Fransche schrijvers, zeer uitgebreide behandeling van de vraag: of in den opgenomen regel, dat koop geen huur breekt, een zakelijk recht gevestigd is. O. zegt het wel niet; maar waar hij uitdrukkelijk spreekt van het Germaansche beginsel tegenover het Romeinschrechtelijke, dat huur alleen persoonlijke, geene zakelijke rechten en verplichtingen schept, schijnt hij eenig gewicht toe te kennen aan de bewering, door sommigen voorgestaan, dat uit het Germaansche recht zakelijk recht van den huurder voortvloeide. Werkelijk moet men aan Opzoomer toegeven, dat in het Romeinsche recht het persoonlijk karakter van de huurovereenkomst streng is volgehouden; maar dit neemt niet weg, dat in de Romeinsche practijk ook de regel gold,

[1]) In *De leer der rechtsgeldigheid van verbintenissen uit overeenkomsten* was ik herhaaldelijk in de gelegenheid, er op te wijzen, hoe O., waar hij de gewone misvattingen volgde, op dat eenmaal ingenomen standpunt de meest juiste opvatting had en op de meest heldere wijze formuleerde.

dat bij verkoop van verhuurde landen of huizen de rechten en verplichtingen van den verkooper tegenover den huurder op den nieuwen verkrijger werden overgedragen. De verkooper moest daarvoor zorgen, omdat hij zich anders aan de schadelijke vordering tot schadeloosstelling van zijn huurder bloot stelde. Het was dan ook zoo de vaste gewoonte, dat Papinianus in l. 50 Dig. de Jure fisci (49, 14) uitspreekt, dat wanneer de fiscus verkocht heeft, de kooper de verschijnende huurpenningen kan innen, terwijl de huurder, *colonus*, de vruchten van het goed moet blijven genieten, opdat de fiscus geen schade beloope door de vordering van den *colonus* op het genot van de huur. Als de fiscus dat beding niet uitdrukkelijk gemaakt had, werd het verondersteld. Wat deed de latere practijk anders [1]), dan dezen regel algemeen stellen: dat in verkoop van verhuurd goed het beding ligt opgesloten, dat de rechten en verplichtingen van den verkooper tegenover den huurder op den kooper overgaan?

Men kan dus zeer goed denken aan eene eigenaardige ontwikkeling van de Romeinschrechtelijke leer, evenals bij den overgang van het bezit op den erfgenaam. Wel had men dit volgens de oorspronkelijke opvatting te Rome, volgens welke het bezit alleen een feit en geen zakelijk recht was, ontkend, zoodat er, voor opvolging in de eerbiediging van dat feit, steeds eene feitelijke inbezitneming van de door den erfgenaam bezeten goederen (waarvan bewijs van eigendomsrecht ontbrak) gevorderd werd. Doch de ontwikkeling van het Romeinsche begrip van bezit en de practijk zelve hadden te Rome reeds geleid tot het inzicht, dat de gebreken van den erflater op zijn erfgenaam overgingen. Eén stap verder moest voeren tot het opnemen van den regel van art. 597, dat niet alleen de gebreken, maar ook

---

[1]) Door Kappeyne is in *Themis*, 1884, bl. 84, opgemerkt, dat art. 2605 van het Ontwerp van 1820 dit beginsel veel juister heeft uitgedrukt. — Dat artikel strekt de in-de-plaatstreding ook uitdrukkelijk uit tot nieuwe verkrijgers krachtens andere titels dan koop.

alle rechten van den erflater met betrekking tot het door hem bezeten goed op zijn erfgenaam overgingen. Daar was werkelijk, hoe scherp Cujacius er ook tegen gekant was, alleszins grond voor en er was niets tegen, omdat de Romeinen zelf in den bloeitijd van hun recht, waar de behoefte het eischte, voor de regeling van het bezit, dat zich in hun formulier-proces als feit, streng afgescheiden van het *zakelijk recht* van eigendom, ontwikkeld had, op het bezit toepasselijk maakten, wat volgens zijn aard alleen voor zakelijk recht zou gelden. Zoo ontstond geleidelijk de erkenning van het bezit, als zelfstandig zakelijk recht, hetgeen ook door Opzoomer voor ons recht is aangenomen. Aldus kon de regel van art. 597, oudtijds in Frankrijk uitgedrukt in de dikwijls verkeerd verstane woorden: „Le „mort saisit le vif", d. i. *de doode stelt den levende in het bezit*, zooals ook door O. wordt opgemerkt, geen bezwaar hebben. Men behoeft hierbij niet te zoeken naar steun in Germaansche rechtsbegrippen, waar het door den Romeinschen procesvorm ontstane verschil van strenge afscheiding tusschen bezit en eigendom niet bestond. Volgens hunne opvatting van meerder en minder volkomen rechten op de verschillende nagelaten goederen moest bij de opneming van het Romeinsche recht de voortschrede van den overgang van het bezit op den erfgenaam gereedelijk ingang vinden [1]).

Bij de leer der schuldvergelijking of compensatie, op art. 1462, is ook, betreffende de werking daarvan van rechtswege zelfs buiten weten der schuldenaren, de historische methode gevolgd. In het strenge Romeinsche schuldrecht, zooals dit o. a. uit de stipulatie voortsproot, stonden de verschillende verbintenissen uit onderscheiden stipulatiën geheel op zich zelf en kon de veroordeeling voor eene schuld uit de ééne niet worden voorkomen door het beroep

---

[1]) Voor eene meer uitvoerige toelichting dezer eigenaardige ontwikkeling moet ik verwijzen naar de *Inleiding* van de *Algemeene beginselen van het Bezitrecht.*

op eene tegenschuld uit eene andere; tenzij de partij, die zich daarop beriep, de invoeging eener *exceptio* in de *formula* van den praetor verkregen had. In de meest voorkomende contracten van het gewone recht, zooals dat ook tegenover en voor vreemden gold, was dat anders, en moest de gezworen rechter ook op de tegenvordering letten, omdat de goede trouw, waarop bij deze *formulae* nauwkeurig acht werd geslagen, verbood, eene bepaalde geldsom, waarin de veroordeeling bestaan moest, toe te wijzen, indien de tegenpartij eene rechtmatige tegenvordering had, die insgelijks veroordeeling voor het hem verschuldigde moest medebrengen. Voor al deze vorderingen gold in het Romeinsche recht de regel, dat de compensatie, zonder beroep op eene exceptie en invoeging daarvan in de *formula*, van rechtswege (*ipso jure*) werkte. De woorden *van rechtswege* vinden, ook volgens O., daarin hunne gereede verklaring, met verwerping alzoo van de leer, dat in deze woorden de beteekenis moest gelegd worden, dat het bloot bestaan van de tegenschuld, tegenover de schuld die geëischt wordt, de vernietiging ten gevolge heeft. Hij behandelt echter nog opzettelijk den twijfel, of niet de wetenschap, dat werkelijk van de Glossatoren af vrij algemeen het laatste was beweerd en dat dit ook de leer was van Pothier, uit wiens geschriften de Code civil op dit punt werd overgenomen, er toe moest leiden, het artikel ook in dien geest op te vatten. Wij zouden hier de werkelijk uitvoerige wederlegging nauwelijks noodig hebben geacht, omdat ook volgens O. de leer van Pothier en de anderen eene dwaling, eene misvatting der woorden *van rechtswege* (*ipso jure*), was en eene dwaling van den wetgever geen wet wordt, dan voor zoover zij *uitdrukkelijk* in de wet is opgenomen, vermits zij nooit als stilzwijgend door den wetgever gewild kan worden aangemerkt, omdat deze, ingeval hij daarop bedacht was geworden, dit niet zou gewild hebben. Terecht laat O. volgen, dat ook de woorden *buiten weten der schuldenaren* niet de beteekenis hebben, steun te geven aan

de onjuiste opvatting der oudere juristen. Indien immers beroep wordt gedaan op eene gegronde tegenvordering, dan moet de rechter de compensatie toepassen voor deze schuld van het oogenblik af, waarop de ingebrekestelling heeft plaats gehad, al was de gedaagde, die zich op die tegenvordering beroept, destijds onkundig van het feit, dat zijn schuldenaar (de eischer) in gebreke gebleven was. Indien bv. tegen de vordering van eene hypothecaire schuld met bedongen interest van 4 pct. wordt aangevoerd eene tegenvordering wegens handelsschulden van gelijk bedrag, waarvoor de eischer in den loop van het proces in gebreke is gebleven, zonder dat de gedaagde destijds van dit in gebreke blijven of van de geheele schuldvordering, door erfenis aangekomen, kennis droeg, dan zal deze handelsschuld, waarop de gedaagde zich beroept nadat hij er kennis van gekregen heeft, in compensatie moeten komen met de wettelijke interesten van den dag der ingebrekestelling af, hoewel de gedaagde destijds nog geene kennis droeg van de opeischbaarheid dier schuld.

Misschien ben ik reeds te uitvoerig geweest; maar ongetwijfeld zouden nog tal van voorbeelden kunnen worden aangevoerd, ten bewijze dat in dit werk van O. de historie geenszins is voorbijgezien. Al kunnen wij toegeven, dat bij O. in het algemeen de kracht meer lag in critiek van de individuëele waarneming, dan in de waardeering van 't geen als vrucht der waarneming van het voorgeslacht moet worden aangenomen, en de waarneming van de historische vorming der rechtsbegrippen bij hem niet de sterkste was, zoo was toch O. te veelzijdig ontwikkeld, om dit groote bestanddeel der rechtsontwikkeling voorbij te zien.

Helder overzicht van het bestaande heeft ook nog altijd haar eigenaardig gewicht. Wij merken dit ook op in eene voordracht over *het recht van gratie*, in 1868 gehouden, die wij uit de veelvuldige kleine geschriften van O. gaarne aanhalen als een toonbeeld van klare en heldere voorstel-

ling, evenals alles wat van hem uitging. Hij betoogt (*Losse Bladen*, deel I, bl. 305) op zijne gewone heldere wijze, dat de uitoefening van het vorstelijk recht van gratie niet moet beschouwd worden als eene afwijking van het recht, maar veeleer als de handhaving der ware rechtsorde tegen den al te onbeperkten regel der wet. Alzoo niet eene vorstelijke gunst, den verzoeker alleen op diens bede genadig verleend, maar eene herstelling van het onrecht, dat door de trouwe maar strenge naleving en toepassing der op zich zelve noodzakelijke strafbepaling zou voortvloeien in een bijzonder geval, waar uit deze toepassing zou moeten volgen, dat het hoogste recht volgens de wet in hoogeren rechtskundigen zin het hoogste onrecht zijn zou.

Dat alles is volkomen juist, en ook is terecht door Opzoomer de opmerking gemaakt, dat uit het rechtskundig karakter van het recht van gratie voortvloeit, dat de rechter daarover moet gehoord worden, zooals in art. 67 G. W. van 1815 en ook in art. 68 der tegenwoordige G. W. is voorgeschreven. De G. W. van 1848 hield in, dat het advies van den Hoogen Raad moest worden ingewonnen [1]). Waarop dit voorschrift steunde, hoe zich dat historisch had gevormd, behandelt O. niet, en hij stelt dan ook wel de vraag, maar geeft daarop geen stellig antwoord, of de bepaling der G. W. van 1848 — die in art. 66 het advies betreffende veroordeelingen tot drie jaren gevangenisstraf en daar beneden en van alle geldboeten vorderde van den rechter, die het vonnis gewezen had, en van de overige straffen dat van den Hoogen Raad — vooral wat den Hoo-

[1]) De H. R. ontving het verslag van het Openbaar Ministerie, waar de veroordeeling was uitgesproken, maar het gevoelen van den rechter, die de veroordeeling had uitgesproken, werd gewoonlijk niet gevraagd. Men kon dit beschouwen als een gebrek in de plaatselijke informatie. — Waarschijnlijk vloeide dit voort uit het beginsel om één, niet meerdere adviezen te hebben. In de verschillende instructiën en aanschrijvingen aan het Openbaar Ministerie was ook voorgeschreven, niet een advies, maar een verslag in te leveren. Dit was oudtijds regel in Holland.

gen Raad betreft, wel boven alle bedenking verheven is.

De tegenwoordige behandeling van het recht van gratie heeft zich vooral bij de hooge Gerechtshoven, aan welke ook oudtijds de verzoeken tot appel [1]) werden gericht, ontwikkeld uit het beginsel, dat den Vorst de zorg voor de uitvoering van alle rechterlijke uitspraken, zoowel in burgerlijke als in strafzaken, was opgedragen. De overwinnende partij zelf kon de uitspraak niet ten uitvoer leggen, omdat de rechtsdwang eeniglijk berustte bij den Vorst [2]), die op het verzoek der partij door zijne daarvoor aangewezen beambten, panders, vroonboden, *apparitores*, het vonnis ten uitvoer deed leggen, hetgeen nog bij ons geldt in de uitvoering, die door de daartoe aangestelde ambtenaren, deurwaarders, rijksveldwachters, in naam der Koningin plaats heeft. Nu was wel uit den hoogsten plicht van den Vorst tot handhaving van het recht voortgevloeid, dat het in hoogste ressort gegeven gewijsde, voor zoover de overwinnende partij daartoe verzoek deed, altijd ter uitvoering gelegd werd; maar evenals de overwinnende partij in burgerlijke zaken het in hare macht had het verzoek tot uitvoering te doen of na te laten, zoo stond het aan de hooge overheid ook vrij, de gevorderde straf, die de rechter had toegewezen, achterwege te laten. Wel eischte de zorg voor de heerschappij van het recht in den regel de uitvoering, maar er waren buitengewone gevallen, waarin

---

[1]) De oude vorm van het Germaansche appel (*Tijdschrift voor het Nederl. regt*, 1869, bl. 82—92) is verdwenen, doordat daarvoor in de plaats trad de Romeinsche vorm *per supplicationem*, een verzoekschrift, dat tot den Vorst gericht werd, die het ter instructie verzond aan zijn Gerechtshof. Later werd het terstond aan het Gerechtshof ingezonden.

[2]) De Germaansche Vorsten waren te dien opzichte, bepaaldelijk wat de arresten hunner Gerechtshoven betrof, in de veroverde landen opgevolgd aan de *praesides provinciae*. Voor de schepenbanken gold de regel, dat de rechters de gerechtsdienaars, de vroonboden, benoemden; maar het beginsel werd vastgehouden, zooals de Saksenspiegel dat (III art. 56) uitspreekt, dat de vroonbode den Vorst hulde moet doen.

de algemeene veiligheid geene schade kon lijden, indien de Vorst aan de bede van den veroordeelde gehoor gaf, genade boven recht deed gelden, en de straf kwijtschold. Omtrent deze verzoekschriften behoorden de Officieren en het Gerechtshof, dat den Vorst ook omtrent andere verzoekschriften in rechtzaken voorlichtte, te worden gehoord [1]).

Omtrent de beginselen, waarvan men bij de verschillende grondwetsbepalingen uitging, geven de beraadslagingen weinig licht. Dat men bij art. 67 der tegenwoordige G.W. de bepaling van den rechter, wiens advies zal worden ingeroepen, verwees naar een algemeenen maatregel van bestuur, die bij K. B. van 13 December 1887 *Stbl.* n°. 215 genomen is, is wellicht voortgekomen uit de verlegenheid, om zonder nauwkeurige kennis van den gang van zaken eene keus te doen, nadat een amendement, om overeenkomstig de zienswijze van O. in alle zaken het advies van den rechter te vragen, die het vonnis had uitgesproken, was verworpen. De afwijking van het stelsel der G. W. van 1815 was in 1848 aldus toegelicht, dat zij strekte, om den Hoogen Raad van een deel zijner werkzaamheden te ontheffen.

Of het voorgestelde amendement steun gaf aan de volksovertuiging, dat de uitoefening van het recht van gratie eene rechtsbeslissing is, mag eenigszins betwijfeld worden. Bij de beoordeeling komen veelvuldige en soms ingewikkelde rechtsvragen voor, of de Koningin in dat geval gratie kan geven, en waar die vraag bevestigend wordt beantwoord, komen een groot aantal moeielijke vragen van strafrecht terug, of en hoever de omstandigheden kunnen leiden tot kwijtschelding of strafvermindering. Terwijl daarover bij de verschillende plaatselijke rechters meermalen groot verschil

---

[1]) Het advies van de Officiers en de rechters wordt reeds vermeld in artt. 26 en 27 van de Ord. op 't stuk der crim. justitie in de Nederlanden van 5 Juli 1570. — Bij resolutie van Holland van 1 Sept. 1653 werd bepaald, dat de Officiers geen advies, maar alleen bericht en pertinente informatie zullen geven.

van gevoelen bestaat, moet voor de beschikking een onderzoek naar het meest gegronde der verschillende stelsels vooraf gaan. Indien men al voor de beantwoording van dergelijke dikwijls moeielijke vragen, zooals in de rechtspraak dagelijks voorkomen, bij het Ministerie van Justitie het geschikte personeel met de daarbij vereischte kennis en ondervinding kan vinden, dan blijft nog de vraag: of zulk eene behandeling, die de beslissing van vele rechtsvragen brengt bij de politieke macht, niet het nadeel kan opleveren, dat de verleening of weigering van gratie meer en méer door het volk niet als eene handeling van meer rechtskundigen aard, maar als eene politieke daad beschouwd zal worden.

Wij hebben reeds de ondervinding, dat in eene daarvoor belegde volksvergadering met grooten aandrang op het opnieuw vorderen van gratie zou worden aangedrongen [1]; dat men zich tot de 2de Kamer wendde, om dien drang te ondersteunen, en dat eindelijk in de vergadering dier Kamer door den Minister werd medegedeeld, dat de vermoelijk telegrafisch inmiddels verkregen beschikking tot kwijtschelding verleend was.

Men heeft omtrent deze voordracht van O. ook de opmerking gemaakt, dat eene vraag wel gesteld, maar niet tot oplossing gebracht was. Mag men hem echter daarvan een verwijt maken, terwijl bij de opzettelijke behandeling ter ge-

---

[1]) Dit steunde op de bewering, dat eenige personen wegens deelneming aan eene bende, die zich gewelddadig tegen de openbare macht te Amsterdam verzet had, waren vervolgd en veroordeeld in strijd met het voorschrift, dat de deelnemers, die niet met eenig bevel of gezag over de oproerige bende bekleed waren geweest, niet mochten worden vervolgd, indien zij zich verstrooid hadden en later ongewapend gevonden werden.

Deze oude maatregel van voorzichtigheid, ten einde de vonken van een bedwongen oproer door het opsporen van al de schuldigen niet weder op te rakelen, thans aan het beleid der ambtenaren overgelaten, was destijds volgens artt. 213 en 100 van den Code pénal een stellig voorschrift, dat de strafbaarheid uitsloot.

legenheid van de Grondwetsherziening ook door mannen van practijk en ervaring die oplossing later niet gegeven is?

Werkelijk vond, zooals wij reeds opmerkten, meermalen mindere ingenomenheid met de rechtsgeleerde geschriften van O. haren grond in te hoog gespannen verwachtingen. Dit had ook zijn weg gevonden in de vele officieuze oordeelvellingen, die, deels gevraagd, deels ongevraagd, den Minister Thorbecke bereikten, terwijl door dezen met groote zorg voor de Academie te Leiden een opvolger voor den katheder van den hoogleeraar Stuffken in de wijsbegeerte werd gezocht. Van enkele zijden was onder zijne aandacht gebracht, dat O. niet geheel had beantwoord aan de hooge verwachtingen, die hij bepaaldelijk van den jeugdigen man gehad had. Hoewel deze opmerkingen, bij den man, die in dit opzicht van alle zijden inlichting wenschte, tot eenig lang beraad hebben geleid, is het bekend, dat O. toch ten slotte door den Minister tot professor voorgedragen en door den Koning benoemd werd. Banden van vriendschap, die hem sterk aan Utrecht bonden, meer misschien nog eene toen reeds zich sterker openbarende ongesteldheid, hielden hem terug, aan die roepstem gevolg te geven.

Overigens ontbrak het aan de rechtsgeleerde geschriften van O. niet aan waardeering bij het publiek, en dit geldt ook bepaaldelijk zijn *Burgerlijk Wetboek*, dat bij het jongere geslacht steeds grage lezers vond.

Niet alleen bij de eerste schreden op het gebied der rechtswetenschap, maar ook later in het practische leven, heeft heldere grammaticale en logische opvatting en ontleding van 't geen de wet zelve in hare woorden bevat, altijd een groot gewicht. Van die zijde oefent het werk van Opzoomer groote aantrekkingskracht. Zijne ontleding van den woordelijken inhoud is doorgaans scherp gevat. Dientengevolge is ook de critiek, die van eene oordeelkundige wetsverklaring onafscheidelijk is, dikwijls scherp. Wèl is opgemerkt dat die doorgaande afkeuring dikwijls wat ver gaat. Ongetwijfeld heeft ons Burgerlijk Wetboek zeer vele voor-

deelen boven den Code civil, zooals ook met veel juistheid door den hoogleeraar C. Asser in de bij zijne intrede onlangs te Leiden gehouden rede over *Wetenschap en wetgeving* is opgemerkt, en mag het uit dien hoofde als een zelfstandig werk worden beschouwd, hoewel de groote verbeteringen in de toelichting eerder verborgen, dan in het licht gesteld werden, om de Zuidelijke broeders, te wier wille het oorspronkelijke Ontwerp van 1820 verlaten was, niet noodeloos te verbitteren. De omwerking van den Code, dien men destijds, om hun voldoening te geven, als leidraad volgde, was veelal met eenige overhaasting bewerkstelligd; zoodat bij groote verbetering der beginselen dikwijls eene gebrekkige redactie voor den dag kwam. Dit moest O., die bijzonder scherp zag op den vorm der wetsbepaling, bijzonder treffen en zijne critiek is in dit opzicht meestal juist.

Meestal kleven aan de wijsgeerige beschouwingen van mannen, die buiten het practische rechtsleven staan, eigenaardige gebreken. Beschouwt men de rechtsgeleerde boeken van Opzoomer, die de rechtspractijk alleen uit de bespiegeling kende, uit dat oogpunt, dan is werkelijk zijn *Burgerlijk Wetboek* een verwonderlijk verdienstelijk werk, waarin velen voor de logische ontleding van rechtsbegrippen een krachtig en in menig opzicht navolgenswaardig voorbeeld vinden zullen, vooral wat de scherpe afgrenzing van begrippen en logische gevolgtrekking betreft. Voor de rechtspractijk is dit ook het meest gewichtige. Wel eischt de historische nasporing van rechtsbeginselen niet alleen meer tijd, maar ook nog in veel hooger mate strenge methode en groote nauwkeurigheid, omdat de minste fout in de kennisneming van bronnen en feiten [1]) en in een schakel van

---

[1]) Dat wij de historie bij elke ernstige rechtsstudie niet ontberen kunnen, maar dat zij ons vaak zoovele twijfelingen laat, was eene dikwijls herhaalde opmerking van onzen op 30 November 1891 plotseling ons ontvallen ambtgenoot M. A. van den Acker, een nauwgezet en scherpzinnig man, wiens groote verdiensten wellicht

gevolgtrekkingen, die dikwijls moeten gemaakt worden, tot een geheel verkeerd resultaat leidt. In het *Handboek der logica* is door O. met juistheid opgemerkt, dat in de moreele wetenschappen, waarvan de rechtswetenschap eene der onderdeelen is, de methode der natuurwetenschappen aanbeveling verdiende. Meermalen maakte ik de opmerking, dat bij historisch onderzoek de hypothetische methode eene belangrijke plaats bekleedde. Bij de onderscheiden causaal-inductiën, welke door O. in *De weg der wetenschap*, bl. 123—132, en *Het wezen der kennis*, bl. 134—140, worden onderscheiden, komt het vooral aan op juiste ontleding en derhalve is de opmerking van Mill in zijn *System of logic* volkomen juist, dat de kracht van elk betoog meestal ligt in de juiste *analyse*. Zij die met bewustheid betoogvoeringen in beraadslagingen kunnen volgen, zullen, voorzoover er een misslag in de redeneering gemaakt wordt, die meestal ontdekken in eene fout in de analyse. Nauwkeurigheid in analyse komt in de rechtspractijk altijd en overal te pas. In dat opzicht valt er uit de geschriften van Opzoomer voor de jongeren, ook vaak voor ouderen, nog steeds veel te leeren.

Hoe hij aan de eens bewerkte stof bleef voortwerken, blijkt vooral uit de latere uitgaven van de *Aanteekening op de Wet, houdende algemeene bepalingen*, waarvan de 1ste uitgaaf 80 blz., de laatste, in 1884 verschenen, 242 blz. besloeg. Hoogst merkwaardig is daarin o. a. de behandeling van art. 11, hetwelk voorschrijft, dat de rechter moet rechtspreken volgens de wet, zonder de innerlijke waarde of de billijkheid daarvan te beoordeelen. Zijn betoog, dat de rechter daarentegen wel moet oordeelen over de vraag of de wet door de bevoegde macht, d. i. door de in de

---

niet algemeen genoeg bekend zijn, maar in het oog zijner ambtgenooten betreffende de deelneming aan belangrijke beslissingen niet te hoog kunnen worden geschat. Hem ontging het trouwens niet, hoeveel gebruik wij bij al de grondslagen onzer kennis moeten maken van waarneming van anderen.

G.W. aangewezen wetgevende macht binnen de grenzen, voor hare bevoegdheid getrokken, was vastgesteld, is ook voor hen, die van een ander gevoelen zijn, zoowel wegens de breede behandeling der hoofdbeginselen en de verwijzing naar de algemeene staatsrechtelijke gronden, door Story betreffende de V. Staten van N. Amerika aangevoerd, maar vooral om de uiteenzetting van het strenge stelsel van de verklaring uit de woorden der wet zelve, van bijzonder gewicht.

Op het terrein van het publiek recht bewoog O. zich gaarne en goed, zooals blijkt uit zijne brochure: *Frankrijk's onrecht in den oorlog van 1870*, in dat jaar verschenen, en de redevoering in het volgende jaar gehouden over *De Bonapartes en het recht van Duitschland ook na Sedan.* Wel werd door sommigen opgemerkt, dat in deze geschriften te veel uit het oog verloren was, dat de Pruisische Staatslieden stellig hebben geweten en er op bedacht moeten geweest zijn, dat de candidatuur van den Prins van Hohenzollern voor de Spaansche kroon, met goedkeuring van den Koning van Pruisen (die niet als het hoofd van dezen tak der Hohenzollerns behoefde te worden aangemerkt) bij de Fransche natie hevige ontroering moest te weeg brengen, en den Franschen Keizer in zulke groote moeielijkheid brengen kon, dat daardoor oorlogsgevaar dreigen kon. Maar zelfs zij, die in dit geschrift een streng requisitoir zagen tegen Frankrijk, vooral tegen de Bonapartes, moesten het groote talent erkennen en de vele juiste rechtsgronden huldigen, die daarin werden aangevoerd. Trouwens het strenge oordeel over het Tweede Keizerrijk was niet eerst ontstaan na zijn val. In 1869 sprak O. reeds in zijne *Schetsen van het Oude Rome*, *Losse Bladen*, II, bl. 310 aldus: „Geen jammerlijker leerschool voor Europa dan de „leerschool van het Fransche Keizerrijk, dat in zijn tweeden „vorm ons geslacht geen minder onheil bereidt, dan het „in zijn eersten vorm onzen ouders bereidde."

De brochures, in 1848 en 1849 verschenen, *Volkswil en*

vrije verkiezingen, *Het recht der geschiedenis en de vrije verkiezingen*, en *De Souvereiniteit des volks*, zijn te beschouwen als modellen van betoogtrant in de groote quaestiën dier dagen, die ook thans nog gewicht hebben. Nooit vergeet hij het groote beginsel, dat de stemming en beslissing door de meerderheid nooit een middel is om de waarheid te vinden; maar een middel, om bij gebreke van een voor allen geldenden toetssteen der waarheid tot de meest redelijke beslissing te komen over de vraag: wat in het leven moet treden. Dit middel, dat in alle vereenigingen wordt te baat genomen, moet ook in den Staat in toepassing komen, zoodra men feitelijke deelneming in 's lands belangen bij de leden van den Staat vindt. Aan ieder, die de voorwaar niet ijdele vrees gevoelt voor volksmisleiding door onkundige raddraaiers en voor het vergif, dat door onzedelijke couranten onder het volk gestrooid wordt, roept hij (*Volkswil en vrije verkiezingen*, bl. 23) toe: „Klaag en jammer niet in „het gemakkelijke hoekje van den haard, met uw vader„landsche pijp in den mond, over de valsche redeneeringen „der bladen; maar sta op uit uw zetel, werk en schrijf." Ook thans hebben deze woorden nog gewicht. Wij kunnen toegeven, dat voor Nederland, waar een met het ontstaan der onafhankelijkheid opgestaan Vorstenhuis sinds eeuwen diepe wortels onder de geheele bevolking heeft geschoten en door hechte banden van liefde met het volk verbonden is, van misbruiken van een uitgebreid stemrecht niet die gevolgen zijn te duchten, waaronder Frankrijk bij het oprijzen der volkssouvereiniteit herhaaldelijk heeft geleden. Maar toch zouden wij de toekomst niet met frisschen moed tegemoet gaan, indien niet met de uitbreiding van het stemrecht bijzondere zorg voor de rechten der Kroon gepaard ging en allen, die iets vermogen op het gebied van maatschappelijke wetenschappen, zich hun plicht niet bewust waren, om zich aan te gorden tot den strijd voor de handhaving van vrijheid en orde.

In tal van kleine geschriften is O. steeds als een vurig

verdediger der vrijheid opgetreden, maar tegelijk met al de matiging, die uit het raadplegen van ondervinding en historie voortvloeit, zooals uit zijn geschrift over den Engelschen staatsman Edmund Burke duidelijk spreekt.

Weinigen waren zoo veelzijdig ontwikkeld, als hij. Het ware aantrekkelijk dit nader aan te toonen uit zoovele geschriften over letterkunde, uitgaven en vertalingen van treurspelen van Sophocles, uitgave van eene Engelsche tragedie over Oldenbarneveld, vertalingen van Shakespeare, verhandelingen over natuurschoon en over kunst en zoovele andere; maar ik moest mij beperken in dit aan de rechtswetenschap gewijde tijdschrift.

Bij het nagaan van de oude herinneringen en het opslaan van enkele plaatsen der vroeger doorlezen geschriften, werd de diepe indruk weder levendig van reinen waarheidszin, die uit elken regel tot ons spreekt. Veel licht straalt daarvan uit, en waar wij ons niet geheel bevredigd gevoelen, daar vinden wij, wat Lessing het hoogste voor den mensch achtte, de lust en den moed om steeds waarheid te zoeken, opgewekt en verlevendigd.

OVERZICHT VAN DE ENGELSCHE WETGEVING GEDURENDE HET JAAR 1892,

DOOR

Mr. W. L. P. A. MOLENGRAAFF.

Evenals in andere constitutioneele landen is ook in Engeland de politiek de grootste vijandin van de wetgeving, en zoo is het dan geen wonder, dat in een jaar van parlementsontbinding, als het afgeloopene, op wetgevend gebied al zeer weinig is tot stand gekomen. Groote maatregelen ter hervorming of verbetering der wetgeving zijn niet te vermelden.

Van de 65 capita der *Statutes of the Session* 1892 (55/56 Victoria) is het meerendeel, althans voor den buitenlander, van weinig of geen belang. Van de meeste beteekenis zijn nog die wetten, welke eene sociale strekking hebben. Daartoe behooren:

1°. **The Small Holdings Act, 1892, 55/56 Vict. c. 31.** — Zij geeft uitbreiding aan het stelsel, ingevoerd door de *Allotments Act* van 1887. Bij die wet [1]) werd aan de autoriteit, belast met de zorg voor de openbare gezondheid [2]), de bevoegdheid gegeven, land te koopen of te huren ter verstrekking van een stukje bouwland van ten hoogste één *acre* aan de arbeidende klasse. Is het benoodigde land niet langs minnelijken weg te verkrijgen, dan kan tot onteigening worden overgegaan. De *Allotments Act* van 1890 [3]) machtigde

---

[1]) Zie *Rechtsgeleerd Magazijn*, dl. 7 (1888), bl. 349.

[2]) De autoriteit, hier bedoeld, wordt aangewezen door de *Public Health Act* van 1875. In stedelijke districten is het plaatselijk bestuur, in landelijke het armbestuur met deze zorg belast.

[3]) Zie *Rechtsgel. Magazijn* 1891, bl. 393.

de graafschapsraden, bij stilzitten van de *sanitary authority* handelend op te treden. In aansluiting hieraan voorziet de tegenwoordige wet in de verstrekking van perceelen bouwland ter grootte van één tot vijftig *acres* aan ieder die het verlangt. Zij kent daarvoor echter niet de bevoegdheid tot onteigening.

De inhoud der wet laat zich als volgt resumeeren: Iedere raad van een „county borough" [1]) is bevoegd, en alle andere graafschapsraden zijn verplicht, eene commissie te benoemen, ter overweging of de omstandigheden in het graafschap de toepassing der wet vorderen. Ook kan ieder kiezer voor den graafschapsraad bij dien raad een verzoekschrift indienen om tot toepassing van de wet over te gaan, welk verzoekschrift door de genoemde commissie moet worden onderzocht (art. 5). Komt de graafschapsraad, al of niet op grond van een rapport der commissie of van een ingediend verzoekschrift, tot het besluit, dat er in het graafschap vraag is naar kleine perceelen bouwland, dan heeft hij de bevoegdheid geschikt land aan te koopen, ten einde kleine perceelen te verschaffen aan hen die dit verlangen en deze wenschen te bebouwen. Onder kleine perceelen (*small holdings*) verstaat de wet stukken land van één tot vijftig *acres* (1 *acre* = 0.405 hectare), alsmede land van meer dan vijftig *acres* doch waarvan de belastbare jaarlijksche opbrengst voor de inkomstenbelasting niet meer bedraagt dan £ 50 (art. 1). Maakt de nabijheid van eene stad of de geschiktheid voor bouwterrein of een andere oorzaak het land te duur om den aankoop daarvan wenschelijk te doen achten, dan kan de raad het benoodigde land huren ten einde het weder in kleine perceelen te verhuren (art. 2).

De door den raad te besteden koopprijs moet een zoodanige wezen, dat alle uitgaven, door den raad voor het land te doen, bestreden kunnen worden uit den door den raad te bedingen verkoop- of huurprijs der perceelen, en

---

[1]) Zie *Rechtsgeleerd Magazijn*, dl. 8 (1889), bl. 287.

omgekeerd moet die verkoop- of huurprijs zoo worden gesteld, dat de raad geen verlies lijdt. Bovendien mag de raad ter uitvoering der wet geene uitgaven doen, de rente van daartoe gesloten geldleeningen inbegrepen, die vermoedelijk meer bedragen dan de opbrengst eener verhooging van de graafschapsbelasting met één penny per pound (art. 18).

Het door den raad gekochte land moet ten name van den raad als eigenaar worden gesteld, overeenkomstig de bepalingen van de *Land Transfer Act* van 1875 (art. 10). De verdere uitvoering der wet kan vervolgens door den raad worden overgelaten aan eene commissie, waarvan art. 16 de samenstelling aanwijst. Alvorens tot den verkoop of de verhuring over te gaan kan de raad het land voor het beoogde doel geschikt laten maken door afrastering der perceelen, het aanleggen van wegen en van werken voor water-toe- en afvoer en het uitvoeren van andere werken; ook mag de raad bij de koop- of huurovereenkomst betreffende eenig perceel zich verbinden, daarop een gebouw te zetten (art. 3).

Het totale bedrag, besteed voor de verkrijging van het land en de inrichting daarvan, moet naar een billijken maatstaf worden omgeslagen over de perceelen waarin het wordt verdeeld, en daarnaar de verkoopprijs van ieder perceel worden vastgesteld. Is degene, die een perceel wenscht te bebouwen, niet in staat dit te koopen, of is het land door den raad gehuurd, dan kan de raad tot verhuring overgaan, mits het perceel niet grooter zij dan vijftien *acres*, of, indien het grooter is, de belastbare jaarlijksche opbrengst voor de inkomstenbelasting niet hooger zij dan £ 15 (art. 4). De voorwaarden, waaronder de perceelen worden verkocht of verhuurd, worden, volgens art. 7 der wet, door den graafschapsraad vastgesteld. Niettemin geeft de wet zelve in artt. 6 en 9 daaromtrent uitvoerige voorschriften. Aangaande de betaling van den koopprijs bepaalt art. 6, dat ten minste een vijfde van den koopprijs contant moet worden betaald; voor ten hoogste een vierde van den prijs kan eene eeuwigdurende grondrente,

afkoopbaar op de wijze in *sect.* 45 van de *Conveyancing and Law of Property Act* van 1881 aangegeven, worden gevestigd; voor het restant van den koopprijs wordt het perceel ten name van den raad verbonden, terwijl dit restant binnen ten hoogste vijftig jaren moet worden voldaan in halfjaarlijksche termijnen + de rente of wel in halfjaarlijksche annuïteiten. De kooper kan echter te allen tijde het geheele bedrag voldoen of de annuïteit afkoopen.

Gedurende twintig jaren en zoolang de koopprijs niet geheel is voldaan, gelden voor de verkrijgers der perceelen de volgende voorwaarden: *a.* de periodieke afbetalingen van den koopprijs moeten prompt worden voldaan; *b.* het perceel mag niet worden verdeeld, onderverdeeld, overgedragen, verhuurd of onderverhuurd zonder toestemming van den graafschapsraad; *c.* het perceel moet worden bebouwd door den eigenaar of gebruiker en mag alleen worden gebruikt voor den land- of tuinbouw; *d.* op het perceel mag slechts één woonhuis worden gesticht; *e.* het te stichten woonhuis moet voldoen aan de eischen, door den graafschapsraad te stellen in het belang van de gezondheid en ter voorkoming van overbevolking; *f.* in geen gebouw mag sterke drank worden verkocht. Evenwel is de raad bevoegd in bijzondere omstandigheden een perceel te verkoopen, vrij van alle of eenige van de genoemde voorwaarden.

Als in strijd met eene der voorwaarden wordt gehandeld, of bij overlijden van den eigenaar verdeeling van het perceel zou moeten plaats hebben, kan de graafschapsraad tot verkoop van het perceel overgaan.

Wil de eigenaar van het perceel, na afloop van den termijn, gedurende welken de voorwaarden op het perceel rusten, dit bestemmen voor andere doeleinden dan voor land- of tuinbouw, dan is hij verplicht, alvorens daartoe over te gaan, het perceel te koop aan te bieden, eerst aan den graafschapsraad, vervolgens aan de eigenaars van het land waarvan het oorspronkelijk een deel heeft uitgemaakt, en ten slotte aan de aangrenzende eigenaars (art. 11).

De graafschapsraad kan ook nog op andere wijze medewerken tot de verschaffing van kleine perceelen. Indien nam. de huurder van een *small holding* met den eigenaar is overeengekomen omtrent den verkoop daarvan, mag de graafschapsraad aan den huurder onder verband van het te koopen perceel hoogstens $^4/_5$ van den koopprijs voorschieten. In dit geval zijn de bepalingen der wet omtrent den verkoop van perceelen door den graafschapsraad toepasselijk (art. 17).

De wet geldt alleen voor Engeland en Schotland en is den 1sten October 1892 in werking getreden.

Een aanverwant onderwerp, de verschaffing van stukjes land (*allotments*) aan de arbeidende klasse, wordt nog geregeld door de wet 55 Vict. c. 7 voor Ierland en 55/56 Vict. c. 54 voor Schotland.

2°. **The Technical and Industrial Institutions Act, 1892, 55/56 Vict. c. 29.** — Deze wet geeft aan instellingen voor ambachts-, nijverheids- of ander vak-onderwijs, aan instellingen voor opvoeding in verband met dit onderwijs, en aan instellingen die, evenzeer in verband met dit onderwijs, zich ten doel stellen de verstrekking van gereedschappen of wetenschappelijke hulpmiddelen, of de inrichting van werkplaatsen, boekerijen, leeszalen, gehoorzalen, tentoonstellingen, vergaderingen, gymnastiekzalen of zwemplaatsen, of de voorziening in wat in 't algemeen kan strekken tot geestelijke en lichamelijke ontwikkeling en uitspanning of in de verzorging van hen die bedoelde instellingen bezoeken, het recht om bij overeenkomst grond te verkrijgen en om dezen te bezitten. Slechts aan ééne voorwaarde worden deze instellingen onderworpen; zij moeten openstaan voor een ieder zonder onderscheid of onder voor allen gelijke voorwaarden van ouderdom, contributie, enz.

De wet is niet toepasselijk op Schotland.

3°. **The Public Libraries Act, 1892, 55/56 Vict. c. 53.** — Door deze wet wordt geen nieuw recht geschapen, maar de inhoud van zeven reeds bestaande wetten, de *Public*

Libraries (*England*) *Acts*, 1885 tot 1890, tot een geheel samengevat, „geconsolideerd" zooals het in Engelschen wetstijl heet. Het onderwerp der wet is de oprichting en het beheer van openbare boekerijen, openbare museums, scholen voor wetenschap, kunstgalerijen en scholen voor kunst, door de daartoe door de wet aangewezen of volgens de wet aan te stellen autoriteit; te dien einde zal eene belasting geheven kunnen worden tot een maximum in de wet bepaald. De toegang tot de boekerijen of museums, krachtens de wet opgericht, moet vrij zijn; worden de boeken uitgeleend, dan moet ook dit kosteloos geschieden.

Den 1sten October 1892 is de wet in werking getreden.

4°. **The Shop Hours Act, 1892, 55/56 Vict. c. 62.** — In 1886 kwam de *Shop Hours Regulation Act*, 49/50 Vict. c. 55, tot stand, zooals de considerans luidde, „aangezien de gezondheid van vele jongelieden, die in winkels en magazijnen zijn geplaatst, ernstig heeft geleden door den langen duur van hun arbeidstijd". Deze wet, welke dien arbeidstijd voor het eerst regelde, had het karakter van een experiment en was daarom van tijdelijken duur. In werking getreden op 1 Nov. 1886, zou zij slechts van kracht blijven tot het einde der eerste Parlementszitting, te houden na 31 Dec. 1888. Sedert werd haar duur driemalen verlengd, eerst tot 31 Dec. 1890, daarna tot 31 Dec. 1891, ten slotte tot 31 Dec. 1892 [1]). De ervaring omtrent de werking der wet schijnt bevredigend, het experiment dus geslaagd te zijn, immers de *Shop Hours Act* van verleden jaar maakt van de tijdelijke wet eene definitieve. De nieuwe wet is eene reproductie van die van 1886; behoudens enkele redactiewijzigingen wijkt zij alleen op drie punten daarvan af. In de eerste plaats is de bepaling over den tijdelijken duur geschrapt; voorts is een nieuw artikel ingelascht over de facultatieve benoeming van inspecteurs ter uitvoering der wet door het plaatselijk bestuur, terwijl de bepaling

---

[1]) Zie *Rechtsgel. Magazijn* 1890, bl. 227; 1891, bl. 396; 1892, bl. 72.

omtrent de jongelieden, op wie de wet niet toepasselijk is, is uitgebreid tot personen die uitsluitend als dienstbode worden gebruikt. Voor den inhoud der wet, voor zoover die gelijkluidend is met de wet van 1886, zij verwezen naar *Rechtsgeleerd Magazijn*, 1887, bl. 200.

5°. **The Witnesses (Public Inquiries) Protection Act, 1892, 55/56 Vict. c. 64.** — Ook in Engeland heeft men ondervonden, dat getuigen bemoeilijkt werden ter zake van verklaringen, door hen voor een enquête-commissie afgelegd. Te hunner bescherming strekt de onderwerpelijke wet. Art. 2 bepaalt dat hij, die iemand bedreigt, straft, benadeelt of beleedigt, of poogt te straffen, te benadeelen of te beleedigen, wegens het afleggen van getuigenis in eene enquête of wegens den inhoud van het door hem afgelegde getuigenis, schuldig is aan een *misdemeanour* en gestraft wordt met eene geldboete van ten hoogste £ 100 of gevangenis van ten hoogste drie maanden, ten ware het getuigenis te kwader trouw mocht zijn gegeven. De rechter zal den beklaagde bovendien kunnen veroordeelen in alle of een deel der kosten van het proces, alsmede, op vordering van den klager, dezen eene som gelds kunnen toekennen tot het bedrag, dat den rechter, gelet op alle omstandigheden, billijk voorkomt, en zulks als schadevergoeding voor verlies van betrekking, loon of positie, of voor nadeel van anderen aard ten gevolge van het misdrijf geleden. Wordt de zaak voor eene jury behandeld, dan wordt door deze ook het bedrag der schadeloosstelling vastgesteld (art. 4).

Van de overige in het zittingsjaar tot stand gekomen wetten vermelden wij:

the Foreign Marriage Act, 1892, 55/56 Vict. c. 23. — Deze wet regelt opnieuw, onder afschaffing van alle bestaande bepalingen, dus ook van de *Marriage Act* 1890 [1]) en de *Foreign Marriage Act* 1891 [2]), de wijze waarop in vreemde landen een volgens de Engelsche wet geldig huwelijk kan

[1]) Zie *Rechtsgel. Mag.*, dl. 10 (1891), bl. 392.
[2]) Zie *Rechtsgel. Mag.*, dl. 11 (1892), bl. 60.

worden gesloten tusschen personen, van wie althans een van beiden een Britsch onderdaan is. Hoofddoel van de wet is „consolidatie" van de bestaande, in verschillende wetten verspreide bepalingen.

The Gaming Act, 1892, 55 Vict. c. 9. — Bij de wet 8/9 Vict. c. 109 (de *Gaming Act* 1845) werden de overeenkomsten van spel en weddingschap nietig verklaard en geene rechtsvordering te dier zake toegestaan. Deze bepaling werd door de jurisprudentie aldus opgevat, dat zij alleen slaat op de overeenkomst van spel en weddingschap zelve, derhalve geen beletsel oplevert tegen eene rechtsvordering uit eene andere hoewel daarmede verband houdende overeenkomst, zooals eene vordering tot betaling van door een lasthebber voor zijn patroon ter zake van spel en weddenschap uitgeschoten of ontvangen gelden of van door den lasthebber uit dien hoofde verdiend commissieloon. In dien zin werd herhaaldelijk beslist. De tegenwoordige wet nu strekt de nietigheid tot dergelijke overeenkomsten uit; zij bepaalt, dat elke verbintenis om iemand te voldoen wat hij heeft betaald ter zake eener overeenkomst, die nietig is volgens de wet van 8/9 Vict. c. 109, of om ter zake van dusdanige overeenkomst of van in verband daarmede bewezen diensten commissieloon, provisie of loon te betalen, nietig is, en dat uit dien hoofde geene rechtsvordering kan worden ingesteld.

The Betting and Loans (Infants) Act, 1892, 55 Vict. c. 4. — Het doel dezer wet is, minderjarigen, *infants*, te beschermen tegen *book-makers* en geldleeners (woekeraars), door strafbaarstelling van de praktijken dezer personen. Art. 1 bepaalt dat wie, ten einde provisie of loon te verdienen, zendt of doet zenden aan iemand van wien hij weet dat deze minderjarig is, eene circulaire, nota, kennisgeving, brief, telegram of andersoortig document, waarbij de ontvanger van dit stuk wordt uitgenoodigd, al zij het in bedekte termen, om te wedden of deel te nemen in eene weddingschap, of zich tot een bepaald persoon of eene bepaalde plaats te

wenden, ter verkrijging van inlichtingen of raad ten behoeve van het doen van weddingschappen of omtrent een wedstrijd, gevecht, spel, uitspanning of eenige andere gebeurtenis waarop gewed pleegt te worden, — zich schuldig maakt aan een *misdemeanour* en zal worden gestraft, in geval van veroordeeling na verwijzing door een groote jury, met gevangenisstraf, met of zonder *hard labour*, van ten hoogste drie maanden of met geldboete van ten hoogste £ 100, te zamen of afzonderlijk, en, ingeval van veroordeeling na summiere behandeling der zaak, met gevangenisstraf, met of zonder *hard labour*, van ten hoogste ééne maand of met geldboete van ten hoogste £ 20, te zamen of afzonderlijk.

Degene, die in het toegezonden stuk genoemd of aangewezen wordt als de persoon, aan wien kan betaald worden of bij wien inlichtingen kunnen verkregen worden, wordt voor toezender van het stuk gehouden, tenzij hij bewijst, dat hij geene toestemming had gegeven tot die vermelding en dat hij op geenerlei wijze betrokken was bij en geheel onbekend was met de toezending.

Dezelfde straf, als boven vermeld, wordt door art. 2 bedreigd tegen hem, die ten einde rente, provisie of loon te verdienen, aan iemand van wien hij weet dat deze minderjarig is, zendt of doet zenden een document als boven omschreven, waarbij de ontvanger wordt uitgenoodigd, al zij het in bedekte termen, om geld te leenen of eene overeenkomst aan te gaan waarvan het leenen van geld een deel uitmaakt, of om zich te wenden tot een bepaald persoon of eene bepaalde plaats ten einde inlichtingen of raad betreffende het leenen van geld te verkrijgen.

Indien in het toegezonden stuk een adres genoemd wordt als datgene waarvan dit stuk uitgaat of als de plaats waar inlichtingen met betrekking tot den inhoud van het stuk verkregen kunnen worden, en wanneer aldaar een bedrijf wordt uitgeoefend dat in verband staat met geld uitleenen, wordt een ieder, die deze plaats bezoekt als deelhebber of helper in de uitoefening van dat bedrijf, gehouden voor

den toezender van dat stuk, tenzij hij bewijst, dat hij in geenen deele betrokken was in of geheel onbekend was met de toezending van dat stuk.

In geval van toezending van stukken als bovenvermeld aan een minderjarige, verblijvende aan een universiteit, college, school of andere inrichting van opvoeding en onderwijs, wordt de afzender geacht geweten te hebben, dat die persoon minderjarig is, tenzij hij bewijst, dat hij redelijken grond had om te gelooven, dat de bedoelde persoon meerderjarig was (art. 3).

Art. 4 bedreigt dezelfde straf, als in artt. 1 en 2 bovenvermeld, tegen dengene die van een minderjarige vordert (*solicits an infant*) de aflegging eener beëedigde verklaring ten behoeve van of in verband met eene geldleening.

Indien een minderjarige, die eene nietige geldleening heeft aangegaan, meerderjarig geworden, overeenkomt eene geldsom te betalen, die geheel of gedeeltelijk dit geleende geld vertegenwoordigt of in de plaats daarvan zal treden, is die overeenkomst nietig tegenover elk en een iegelijk, evenals iedere schuldbekentenis, hetzij deze verhandelbaar is of niet, afgegeven ten gevolge of ter uitvoering dier overeenkomst of anderszins in verband met de betaling van het geleende geld. Interest en provisie worden geacht deel uit te maken van de geldleening (art. 5).

Ten slotte vinden wij in art. 6 de tegenwoordig in de strafwetten gewoonlijk opgenomen bepaling, dat de beklaagde en zijn echtgenoot, ten verzoeke van den beklaagde, als getuigen beëedigd en gehoord zullen worden.

The Accumulations Act, 1892, 55/56 Vict. c. 58. — Door de zoogen. *Thellusson's Act* van 1799 (39/40 Geo. 3 c. 98) werden beschikkingen verboden, waarbij bevolen wordt de inkomsten van goederen te beleggen gedurende een langer tijdsverloop dan het leven van hem dien de beschikking treft, of een en twintig jaren na zijn dood, of de minderjarigheid van een bij zijn overlijden levend persoon, of de minderjarigheid van een der personen die recht hebben

op de goederen of inkomsten. Aanleiding tot deze wet gaf het testament van een zekeren Thellusson, een zeer vermogend man, die omtrent het grootste gedeelte van zijn vermogen had beschikt, dat de inkomsten moesten worden belegd, totdat alle zijne nakomelingen, die bij zijn overlijden in leven waren, zouden zijn gestorven.

De onderwerpelijke wet heeft alleen betrekking op beschikkingen, de belegging van alle of een deel der inkomsten van bepaalde goederen uitsluitend in land voorschrijvende. Zij bepaalt dat dergelijke belegging van inkomsten alleen mag worden voorgeschreven gedurende de minderjarigheid van hen, die, waren zij meerderjarig, recht zouden hebben de inkomsten te beuren.

The Mortmain and Charitable Uses Act Amendment Act, 1892, 55/56 Vict. c. 11. — Deze wet verklaart art. 6 van de *Mortmain and Charitable Uses Act* van 1888 [1]) toepasselijk op beschikkingen (*assurance*) bij *deed* (eene schriftelijke door partijen gezegelde en geteekende akte) over onroerend goed ten behoeve van eene plaatselijke autoriteit voor de doeleinden, waarvoor die autoriteit volgens de wet land mag verkrijgen, en bepaalt tevens, dat in geval van vrijgevigheid de beschikking niet twaalf maanden vóór den dood des schenkers behoeft te zijn gedaan. Het aangehaalde artikel der wet van 1888 ontheft beschikkingen ten behoeve van eenige daarin aangewezen doeleinden van de beperkende bepalingen dier wet.

Onder *local authority* worden volgens art. 2 verstaan graafschapsraden, gemeenteraden, gezondheidscommissies en voorts alle commissies en lichamen, die voor openbare doeleinden belasting mogen heffen of van eenige autoriteit geld vorderen, waardoor de heffing van belasting noodig wordt.

The Merchant Shipping Act, 1892, 55/56 Vict. c. 37 bepaalt 1°. dat schepen, die zoo zwaar zijn geladen, dat het midden van de lijn van geoorloofden grootsten diepgang onder

---

1) Zie *Rechtsgeleerd Magazijn* 1889, bl. 290.

water komt [1]), als „onveilig" in den zin van de gelijknamige wet van 1876 van wege den *Board of Trade* kunnen worden opgehouden; 2°. met betrekking tot koopvaardijschepen bestemd voor de vaart door het Kanaal van Suez of om de Kaap de Goede Hoop of Kaap Hoorn, dat een door den *Board of Trade* aan te stellen ambtenaar de proviand en het water voor de schepelingen, liefst vóór de inscheping, moet schouwen, waarvan door hem eene verklaring wordt afgegeven. Bovendien heeft bedoelde ambtenaar het recht, zich te allen tijde aan boord van een schip te begeven ten einde na te gaan of de proviand en het water zijn geschouwd. Blijkt dat ze niet zijn geschouwd en tevens dat zij van slechte hoedanigheid zijn, dan moet hij het schip ophouden totdat in dit gebrek is voorzien.

The Parliamentary Deposits and Bonds Act, 1892, 55/56 Vict. c. 27. — Men zal zich het proces herinneren, door de oorspronkelijke concessionarissen van den Rotterdam-Munster-Spoorweg tegen den Staat der Nederlanden gevoerd, ter terugbekoming van het door den Staat verbeurd verklaarde kapitaal, indertijd door hen gestort tot waarborg voor het naleven der voorwaarden van de hun verleende concessie. Bij arresten van den Hoogen Raad van 10 Febr. 1888 en 2 Mei 1890 (revisie), *W.* n°s. 5518 en 5871, werd de eisch ontzegd en beslist, dat de verbeurdverklaring terecht was geschied. Er is bij die gelegengeid herhaaldelijk en niet ten onrechte gewezen op de onbillijkheid der verbeurdverklaring van dergelijke waarborgkapitalen. De Engelsche wetgever heeft die onbillijkheid ingezien.

In de wetten, houdende verleening eener concessie, werd gewoonlijk bepaald, dat het waarborgkapitaal in de eerste plaats zal worden gebruikt tot schadeloosstelling van derden, en daarna aan de Kroon zal vervallen of wel, in geval van insolventie van den concessionaris, indien de rechter dit bepaalt, bij de te verdeelen activa zal worden gevoegd.

---

[1]) T. a. p., 1891, bl. 391.

Ten aanzien van spoorweg-concessies is dezelfde regeling aangenomen in de *Abandonment of Railways Act* 1869 (32/33 Vict. c. 114). Thans is de zaak bij de onderwerpelijke wet in dier voege geregeld, dat wanneer een geconcessioneerd werk niet voltooid is in den daarvoor gestelden tijd, het Gerechtshof, wat ook bij de concessie of in andere wetten bepaald moge wezen, bevoegd zal zijn te bevelen, dat het waarborgkapitaal geheel of ten deele zal worden aangewend tot schadeloosstelling van hen, wier eigendommen in waarde zijn verminderd door het werk dat verricht is of door het staken daarvan, of die door onteigening schade hebben geleden, voor zooverre hun die schade nog niet is vergoed, of ook wanneer de concessie was verleend aan eene spoor- of tramwegmaatschappij, tot vergoeding van de uitgaven door de autoriteit, belast met het onderhoud van een openbaren weg, gemaakt voor het opnemen van de door de maatschappij in den weg gelegde spoorstaven en tot het herstellen van den weg. Omtrent hetgeen er na betaling dezer schadeloosstellingen van het waarborgkapitaal overblijft, is het Gerechtshof bevoegd, niettegenstaande verbeurdverklaring ten behoeve van de Kroon bedongen moge zijn, te bepalen, dat het zal worden afgegeven aan den *receiver* of vereffenaar van de maatschappij, als deze failliet is of vereffend wordt, ten einde met de overige activa onder de schuldeischers te worden verdeeld. Ten slotte kan het Hof bevelen, dat het kapitaal geheel of ten deele zal worden teruggegeven aan hen die het hebben gestort. Waarborgkapitalen, gestort vóór of op 31 Maart 1890, vervallen eerst aan den Staat, indien zij niet binnen tien jaren daarna zijn opgeëischt door hen die ze hebben gestort.

The Salmon and Freshwater Fisheries Act, 1892, 55/56 Vict. c. 50, verbiedt zalm, forellen en scharren tusschen den 3den September en den 1sten Februari, beide ingesloten, anders te verzenden dan in eene verpakking van buiten op zichtbare wijze voorzien resp. van het woord *zalm*, *forel*, of *schar* (s a l m o n, t r o u t or c h a r).

The Hares Preservation Act, 1892, 55 Vict. c. 8. — De Engelsche jachtwetten kennen geen gesloten tijd voor het dooden van hazen. „Daar", aldus de considerans der onwerpelijke wet, „hazen een belangrijk voedingsmiddel uitmaken, en in de laatste jaren in Engeland, Schotland en Wales in aantal zeer zijn verminderd, omdat zij op onoordeelkundige wijze worden gedood, en daar het met het oog op hunne handelswaarde van belang is ze te beschermen gedurende den teelttijd", is thans bij deze wet een gesloten verkooptijd vastgesteld. Het is voortaan verboden, gedurende de maanden Maart, April, Mei, Juni en Juli in Groot-Brittannië hazen of *leverets* te verkoopen of ten verkoop uit te stallen, op verbeurte eener boete van ten hoogste 20 shillings. Het verbod is echter niet van toepassing op uit den vreemde in Groot-Brittannië ingevoerde hazen.

The Telegraph Act, 1892, 55/56 Vict. c. 59. — Als de hoofdbepaling dezer wet mag beschouwd worden art. 1, waarbij eene som van één millioen pound ter beschikking wordt gesteld van den Postmeester-Generaal voor den aankoop en aanleg van telefoon-lijnen. Voorts bevat de wet bepalingen omtrent den aanleg van telegraafwerken op bijzondere eigendommen en het recht van hen, wier toestemming voor den aanleg noodig was, om de wegneming eener lijn te vorderen, die zonder hunne toestemming is aangelegd, alsmede verschillende andere bepalingen van minder belang.

The Private Street Works Act, 1892, 55/56 Vict. c. 57. — Deze wet strekt tot aanvulling van de *Public Health Act,* en is van toepassing in die stedelijke gezondheidsdistricten, die besluiten haar in het district in te voeren, alsmede in de landelijke gezondheidsdistricten of gedeelten daarvan, waarvoor de wet van kracht wordt verklaard door het Ministerie van het Plaatselijk Bestuur (*Local Government Board*). Zij geeft aan het gezondheidsdistrict-bestuur de bevoegdheid, straten, wegen, paden, enz., waarvan het onderhoud niet is ten laste van de inwoners der plaats in het algemeen, van riolen te voorzien, te bestraten en te

verlichten, indien het Bestuur van oordeel is, dat de rioleering, bestrating of verlichting onvoldoende is. De kosten, door het Bestuur gemaakt, worden omgeslagen over de perceelen, die aan de straat enz. grenzen. De plannen, eene berekening der kosten en een ontwerp-omslag dier kosten moeten worden toegezonden aan de eigenaars der perceelen, die gedurende een bepaalden tijd hunne bezwaren daartegen kunnen inbrengen. Over alle ingebrachte bezwaren beslist de rechter, die de plannen enz. kan wijzigen. Na afloop van het werk worden de kosten definitief omgeslagen. Tegen dezen definitieven omslag kunnen de eigenaars der betrokken perceelen op dezelfde wijze opkomen en daarover wordt op dezelfde wijze beslist als boven vermeld. Na afloop van het werk kan het Bestuur de straat enz. brengen tot de wegen, waarvan het onderhoud ten laste is van de inwoners in het algemeen. Hetzelfde kunnen de eigenaars van de perceelen aan den weg vorderen, indien de bestrating, rioleering en verlichting niet door het Bestuur is gemaakt.

De wet geldt alleen voor Engeland.

The Contagious Diseases (Animals) Act, 1892, 55/56 Vict. c. 47, wijzigt eenige bepalingen van de *Contagious Diseases (Animals) (Pleuro-Pneumonia) Act* van 1890 [1]) en verklaart deze wet van toepassing in geval dieren (niet alleen runderen) door mond- en klauwzeer zijn aangetast. Vergoed wordt voor het wegens mond- en klauwzeer afgemaakte beest de waarde daarvan onmiddellijk vóór de afmaking of vóór dat het door de ziekte werd aangetast, naar gelang het tijdens de afmaking gezond of reeds ziek was. Wat het bedrag der schadevergoeding betreft is dus van de wet van 1890 afgeweken.

The Coroners Act, 1892, 55/56 Vict. c. 56, regelt opnieuw de aanstelling en de bevoegdheid van de *coroners* [2])-plaats-

---

[1]) Zie *Rechtsgeleerd Magazijn* 1891, bl. 394.

[2]) Verg. over de taak van dezen ambtenaar; *Rechtsgeleerd Magazijn* 1888, bl. 357.

vervangers. Wat dit onderwerp betreft bestond er verschil tusschen art. 172 van de *Municipal Corporations Act* van 1882 (van toepassing op *boroughs*) en art. 13 van de *Coroners Act* van 1887 (van toepassing op graafschappen). Beide artikels zijn thans vervangen door de onderwerpelijke wet.

The Short Titles Act, 1892, 55 Vict. c. 10. — In Engeland was vroeger de eenige officiëele wijze van wetten aan te halen het noemen van het regeeringsjaar van den Souverein, van het hoofdstuk der zitting en van den volledigen titel. Eerst de wet van 13/14 Vict. c. 21 (1850) bracht hierin verandering, door af te schaffen de noodzakelijkheid om den volledigen titel aan te halen. Later is het gebruikelijk geworden, in iedere wet in een afzonderlijk artikel een korten titel verbonden met het jaartal vast te stellen, en te bepalen dat de wet aldus kan worden aangehaald, zoodat men thans de keuze heeft tusschen dezen korten titel en het noemen van de regeeringsjaren van den Souverein met het hoofdstuk van de zitting.

De onderwerpelijke wet strekt die eenvoudige wijze van aanhalen op tal van oudere wetten uit. Daartoe is aan de wet eene bijlage toegevoegd, waarin voor een aantal wetten, waarvan de oudste is van 1351 en de jongste van 1881, een korte titel wordt vastgesteld. Een tweede bijlage stelt voor groepen van op hetzelfde onderwerp betrekking hebbende wetten gemeenschappelijke titels vast, zooals ook reeds in den lateren tijd bij herzienings- en aanvullingswetten pleegt te geschieden. Zoo kunnen de wetten op de vereenigingen, de hoofdwet van 1862 met alle latere wijzigings- en aanvullingswetten van 1864, 1867, 1870, 1877, 1879, 1880, 1883, 1886 en 1890 (twee wetten), worden aangehaald als de *Companies Acts, 1862 to 1890.*

Ten slotte zij nog vermeld, dat de zitting van 1892, gelijk hare voorgangers, haar **Statute Law Revision Act, 1892, 55/56 Vict. c. 19** (de 21ste van deze wetten) en haar **Expiring Laws Continuance Act, 1892, 55/56 Vict. c. 60**, heeft opgeleverd.

De eerste schaft tal van vervallen, overbodig of in onbruik geraakte bepalingen, in eene bijlage nader aangewezen, uitdrukkelijk af; de tweede verlengt het leven van verschillende tijdelijke wetten en tijdelijke bepalingen in wetten resp. tot 31 Dec. 1893, tot 31 Mrt. 1894, en tot 31 Dec. 1892. Onder de tot het einde van het loopende jaar verlengde wetten treffen wij opnieuw aan de *Employers' Liability Act* van 1880, de *Corrupt and Illegal Practices Prevention Act* van 1883, de *Municipal Elections* (*Corrupt and Illegal Practices*) *Act* van 1884 en de *Sand Grouse Protection Act* van 1888.

EIN NACHRUF FÜR JHERING UND WINDSCHEID,

von

Dr. RUDOLF LEONHARD,

Professor der Rechtswissenschaft in Marburg.

Wenn der Tod zwei Berufsgenossen nahezu zur selben Zeit dahinrafft, so kann dieses gemeinsame Schicksal in der Regel höchstens eine Nachbarschaft auf dem Friedhofe oder in einer Totenschau hervorrufen, doch pflegt es uns nicht das Recht zu geben, die Erinnerungsbilder der Entschlafenen zu einem einzigen zu verbinden. Das Anrecht auf den Nachruhm wird grundsätzlich einem jedem, dem es zukommt, als sein alleiniges Eigentum gewährt. Und dennoch schien es dem Schreiber dieser Zeilen ein begründeter Wunsch zu sein, dass man von ihm einen einzigen Nachruf für die beiden Rechtslehrer verlangte, welche im Herbste dieses Jahres aus dem Kreise der Lebenden geschieden sind. Schon vorher waren wir gewöhnt sie in eine Beziehung zu setzen und als ein unzertrennbares Paar aus der Masse der andern herauszuheben. Es ist nun schon über zehn Jahre her, dass ich sie zuerst bei einander sah. Sie erwiesen mir in der Zeit meiner Göttinger Professur, als Windscheid bei Jhering als Gast verweilte, die Ehre eines gleichzeitigen Besuches. Ihr Blick fiel damals auf das Bild Savigny's, das über meinem Schreibtische hing. Das gab dann Anlass zu Gesprächen, die die obersten Fragen der Rechtswissenschaft streiften und die in den folgenden Tagen an der gastlichen Tafel Jhering's und bei einer Spazierfahrt in die naheliegenden Berge ihre Fortsetzung fanden. Ich war glücklich und stolz, zuhörend unverlierbare Schätze sammeln zu dürfen. Was ich damals vernahm,

musste mich dahin bringen, mir die Berührungspunkte und die Gegensätze der Männer zum ersten Male zu veranschaulichen, nach denen ich schon vorher das Fahrzeug meiner Arbeit zu lenken strebte, wie ein Schiffer, der sich nach leitenden Sternen richtet. Diese erste Gegenüberstellung der beiden, welche sich mir aufdrängte und einprägte, wurde die Grundlage einer Gedankenreihe, welche fast durch jedes ihrer Worte und ihrer Schriften sich weiter entwickelte. Damals ahnte ich freilich nicht, dass ich, ohne es zu wissen und zu wollen, den Stoff zu einer gemeinsamen Grabrede für beide sammelte, deren Abfassung ich jetzt nicht ablehnen mag, weil ich gern vor ausländischen Lesern die Männer rühme, welche der Stolz des Vaterlandes waren. Schon der mir gewordene Auftrag beweist, dass die Männer, die zunächst durch unerwartete Ereignisse für mich zu einer untrennbaren Verbindung gekommen waren, auch in den Augen anderer zusammengehören. Sind ihnen doch in der That schon mehrfach gleichzeitige Erinnerungsworte gewidmet worden, z. B. von Ernst Landsberg in der *Münchener allgemeinen Zeitung* vom 28. Nov. 1892 (Beilage-Nummer 278), mit Bezugnahme auf einen Nachruf von Ernst Zitelmann in derselben Zeitung vom 6. Oktober 1892 (Beilage-Nummer 234), welcher letztere Aufsatz, unter dem Eindrucke der ersten Nachricht vom Tode Jhering's entstanden, dem Meister und Freund mit edler Wärme ein ehrenvolles Denkmal setzt. Demnächst hat auch Eck in der Berliner juristischen Gesellschaft am 17ten December 1892 für Windscheid und Jhering eine Trauerrede gehalten, welche in den weitesten Kreisen der Juristenwelt einen tiefen Eindruck hinterlassen hat. (Mir ist sie leider nur in einem kurzen Berichte zugänglich geworden, der sich in der Berliner Zeitung: *Die Post* vom 20. December 1892 Nr. 349 befindet) [1]). Eck hatte schon vorher einen besondern kurzen

[1]) Sie ist nach der Vollendung dieses Aufsatzes im Drucke erschienen: „Zur Feier des Gedächtnisses von B. Windscheid und R. v. Jhering. Vortrag, gehalten in der juristischen Gesellschaft zu

Nachruf, der sich auf Windscheid allein bezieht, veröffentlicht (*Juristisches Litteraturblatt*, Bd. IV, Nr. 10, v. 1. December 1892, S. 185)[1]. Einen kritischeren Ton hat neuerdings Kohler angeschlagen in seinen beiden Aufsätzen „Windscheid" und „Windscheid und Jhering" in der Berliner Zeitschrift: *Die Zukunft*, 1893, S. 54 ff. u. S. 113 ff. — Kuntze, Windscheid's Leipziger College, erweitert sogar den Kreis der zu einem gemeinsamen Nachrufe Berechtigten zu einer Trias (Jhering, Windscheid, Brinz; Leipzig, Rossbergsche Buchhandlung, 1893). Sein Beispiel möchte ich darum nicht nachahmen, weil die Grösse von Brinz, welche auch ich verehre, vornehmlich in der Sonderstellung lag, welche er abseits von Jhering und Windscheid, sowie von der Mehrheit der Fachgenossen, durch eigene Kraft erlangt und

---

Berlin am 17. December 1892 von Dr. Ernst Eck, Professor der Rechte. Berlin, Carl Heymann's Verlag 1893." Ausserdem ist ein gemeinsamer Nachruf für beide zweimal im Auslande erschienen, nämlich in der norwegischen *Tidsskrift for Retsvidenskab*, Jahrgang 1893, S. 1 ff. von Francis Hagerup, und in *The juridical review Edinburgh*, January 1893, p. 1 ff. von Alphonse Rivier. Während des Druckes erschien noch ein gemeinsamer kurzer Nachruf für beide, aus der Feder Dreyer's, in den *Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts*, Berlin 1893, S. 193—199.

Auf Jhering allein bezieht sich der anonyme Artikel: „Rudolf von Jhering" in der Zeitschrift: *Die Nation*, Berlin 1892, Heft 1, S. 3 ff.; ferner ein Aufsatz von Karl Emil Franzos in der Zeitschrift: *Deutsche Dichtung*, Berlin 1892, Bd. XIII, Heft 2 u. 3, S. 47 ff., sowie die besonders beachtenswerthen Ausführungen in Jhering's *Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechtes*, Bd. 32, S. 6 ff., von Adolf Merkel, dem es als einem langjährigen Freunde des Entschlafenen vergönnt war, in dessen Arbeitsweise die tiefsten Einblicke zu thun; endlich ein Nachruf von Mitteis in der *Allgemeinen österreichischen Gerichtszeitung* vom 25. Oct. 1892, N°. 43, p. 337—38. Mitteis zeichnet die Grundzüge der Wirksamkeit Jhering's mit wenigen, aber kräftigen Strichen.

[1] Vgl. auch den Aufsatz: „Bernhard Windscheid" von Ernst Landsberg, in der Zeitschrift: *Die Nation*, 1892, Heft Nr. 6, S. 84 ff.

behauptet hat. Von einer Wechselwirkung zwischen ihm und den beiden andern in der Art ihres gegenseitigen Zusammenwirkens kann nicht die Rede sein. Freilich hat auch Brinz durch die hinreissende Kraft und Natürlichkeit seines Wesens die Zuhörer und die Fachgenossen in hohem Maasse gefesselt. Allein das grossartige Gesammtbild vom römischen Rechte, das Brinz, als ein echter Ritter ohne Furcht und Tadel, in selbständigster Weise aus den Quellen entworfen hat, ist eben um seiner Eigenartigkeit willen in seinen Grundgedanken nur einem kleinen Kreise seiner Verehrer in Fleisch und Blut übergegangen. Auf die Litteratur hat er nur in einzelnen Lehren (namentlich derjenigen vom Zweckvermögen und in seinen kritischen Leistungen) einen nachhaltigen Einfluss ausgeübt, auf die Rechtsprechung nur einen geringen, mit der Gesetzgebung hat er fast gar keine Fühlung gewonnen. Während in den Schriften Jhering's und Windscheid's jeder neuere Jurist Heimatsrechte erwerben muss, kehrt er bei Brinz, dessen *Pandekten* mehr zum Nachschlagen, als zum Lernen verwendet werden, immer nur besuchsweise ein, freilich niemals ohne von dort wertvolle Gastgeschenke mitzunehmen.

Als ich nun Worte suchte, um Jhering und Windscheid in ihrem Wesen und Wirken zu feiern, da wurde ich mir dessen bewusst, dass die Sprache nicht dazu ausreicht, um bedeutende Persönlichkeiten darzustellen. Von der geistigen Grösse gilt etwas ähnliches, wie von der Schönheit. Lessing lobt Homer, weil er kein Bild der Helena entwirft, sondern ihren Reiz lediglich durch den Eindruck schildert, den sie auf die Greise Trojas machte. Anders lassen sich auch Windscheid und Jhering nicht darstellen. Man beachte die sieben Auflagen der Windscheid'schen *Pandekten*, die Aehnlichkeit, welche zwischen ihnen und dem ersten Entwurfe des Deutschen bürgerlichen Gesetzbuches besteht, man denke an die Hunderte von Zuhörern, die sich bis zum Tode des gefeierten Lehrers selbst dann noch in seinen Hörsaal drängten, als seine Stimme

schon zu schwach wurde, um noch deutlich vernehmbar zu sein. Man denke an die fröhliche Jugend, die in seinen weiten Wohnräumen, die von der Hand seiner kunstsinnigen und geistvollen Gemahlin mit malerischem Schmucke versehen waren, oft und gern aus und ein ging und überall seinen liebenswürdigen Familienkreis als das Musterbild einer Deutschen Häuslichkeit rühmte. Aus diesen seinen Wirkungen erkennt man den Schriftsteller, Lehrer und Menschen.

Nicht anders ist es mit Jhering. An seinem Grabe bezeugte der preussische Cultusminister Dr. Bosse, der bis kurz vorher der in Berlin tagenden Gesetzgebungscommission vorgestanden hatte, in dieser Stellung bemerkt zu haben, dass die Anschauungen der neuern Juristenwelt überall von Jhering's Gedanken durchdrungen sind. Jhering's Werke sind in und ausser Europa vielfach in fremde Sprachen übersetzt worden; sein Hörerkreis in Wien stand hinter demjenigen Windscheid's in Leipzig nicht zurück, und als er die Grossstadt mit der Göttinger Einsamkeit vertauschte, sammelte sich um ihn ein kleinerer, aber um so gewählterer Kreis von Schülern. Ausländer aus weitester Ferne, Griechen, Norweger, Ungarn, Serben, Amerikaner, u. a., sassen unausgesetzt zu seinen Füssen, und zwar waren dies meist durchgebildete Juristen, die in ihrer Heimat bereits Aemter und Würden erlangt hatten. Auch unter den inländischen Zuhörern waren die eifrigsten diejenigen, die bei ihm die Pandekten gewisser Maassen in zweiter Instanz hörten. Auch ich bin ihm, wie überhaupt für meine Berufsstellung, so insbesondere dafür dankbar, dass er mir, dem Göttinger Professor, der zu seinen Vorlesungen ergänzende Vorträge zu halten berufen war, erlaubte, mich unter seine Schüler zu mengen und seine Vorlesung über römische Rechtsgeschichte mit anzuhören. Man denke ferner an die Verbreitung, welche die von ihm mit Witz und Humor entworfenen *Civilrechtsfälle* als Lehrmittel gefunden haben. Man denke an die Pyramide von Festschriften und Gratulationstafeln, welche sich bei Jhe-

ring's 50 jährigem Doctorjubiläum auf dem Tische seines Zimmers aufbaute. Auch seine Häuslichkeit war im gewissem Sinne als mustergültig bekannt, ein Sitz heiterer Lebensfreude und ausgewählter musikalischer Kunstgenüsse. In ihm war nach Jhering's Wort die allgemeine musikalische Wehrpflicht eingeführt, weil jedes Kind ein Instrument spielen lernte und der Hausvater selbst seinen Platz am Clavier nicht leicht einem andern zu räumen geneigt war. Mit Recht verehrte jeder Gast die treue Hingebung seiner Gattin, die ganz und gar für ihn lebte und dem unausgesetzten Strome der Freunde, die es sich nicht nehmen liessen, vom weitem her den gefeierten geistvollen Mann immer wieder aufzusuchen, die gastfreundlichste Aufnahme gewährte. Man beachte ferner die zärtliche Liebe, mit der Jhering an seinen Kindern und Enkeln hing, und wie er am Tage des 50 jährigen Doctorjubiläums der Menge fremder Gratulanten nach Wilhelmshöhe bei Cassel entfloh, in den Kreis der Seinigen und einiger wenigen Freunde, die gern von weit her dorthin eilten (der eine kam sogar schnurstracks aus dem Kaukasus). Aus allen diesen Zeichen seines Einflusses wird sich ein jeder eine Vorstellung von dem Wesen Jhering's machen können. Was ausser diesen ihren Erfolgen von einem Lobredner noch an persönlichen Zügen zu dem Bilde der Entschlafenen hinzugefügt wird, dies kann es in den Augen dessen, der die Männer nicht kannte, leicht entstellen und verwirren. Und doch vermag ich der Versuchung nicht zu widerstehen, im Folgenden solche Züge anzuführen, vornehmlich um den Lesern, welche die beiden Gefeierten bereits aus eigener Anschauung kennen und verehren gelernt haben, ihre Erinnerungen aufzufrischen und zu ergänzen. Die andern mögen sich an dem grossen Eindrucke, den die Wirksamkeit der beiden in ihnen hervorrufen muss, durch die folgenden kleinen Zuthaten nicht irre machen lassen.

Jhering gehörte zu den Kraftmenschen, welche schon von der Natur aus der Menge herausgehoben worden sind.

Sein gewaltiger Imperatorenkopf erinnerte an die Büsten der Flavier und war von einem starken Haarwuchse umrahmt. Kräftige Gesichtszüge, wie sie aus niederländischen Volksbildern bekannt sind, wurden von einem verständnisvollen Lächeln durchleuchtet und durch den Glanz des mächtigen Auges geadelt. Dem ungewöhnlich starken Haupte entsprach der breitstämmige Körper eines echten Ostfriesen und ein kraftvoller Gang, der die unbeugsame Willensstärke des Mannes zu bestätigen schien. Auch seine Redeweise war urkräftiger und schlichter, als man nach den wohlgeglätteten und blendenden Perioden seiner Schriften erwarten durfte. Wohl sprühten auch seine gesprochenen Worte unausgesetzt zündende Geistesfunken, aber ohne jede kunstvolle Form. In der ungezwungensten Gestalt plauderte er mehr nach der Art des unbelehrten Naturkindes als nach derjenigen eines Mannes der Feder. Es erklärt dies die nahezu unbeschreibliche Strenge, mit der er an jeder seiner Schriften feilte. Der Inhalt strömte ihm zunächst mühelos zu, da aus seinem regen Geist unausgesetzt die eigenartigsten Gebilde emportauchten. Doch die Form, in der er die Kinder seines Denkens an das Tageslicht der Oeffentlichkeit entliess, war das Ergebnis eines langen, bewussten und fleissigen Schaffens. Wer ihn nicht kannte, glaubte dies zuweilen nicht; denn gerade in dem Scheine der unbedingten Natürlichkeit, welchen er seinem Redeflusse zu geben wusste, liegt eine Hauptursache seines Erfolges. Ihm selbst war diese seine Sorge für die Form gewisser Maassen ein sittliches Gebot, dessen Nichtachtung durch andere er oft getadelt hat. Darum hat er auch in dieser Hinsicht im besten Sinne als Erzieher gewirkt, indem er gegen den verbreiteten Aberglauben, der aus der Unverständlichkeit einer Rede auf deren tiefen Sinn zu schliessen geneigt ist, die Stirn bot. Den Satz, dass Verstand und guter Sinn mit wenig Kunst sich selber vortragen, würde er nicht unterschrieben haben. In dieser Hinsicht sah er sein Vorbild in der französischen schönen Litteratur, deren Eleganz durch

die Kraft des Gegensatzes sein urwüchsiges Wesen ganz und gar fesselte, so dass er bis zuletzt nicht müde wurde, der gewissenhaften Sorgfalt, mit der Frankreichs Prosaiker ihrer Aufgabe genügen, das wärmste Loblied zu singen. Auch ihm war kein Zeitverlust gross genug, um einem Ausdrucke, den er suchte, nachzujagen; wo er eine bessere Form zu finden glaubte, da zertrümmerte er erbarmungslos das Werk seiner Hände, auch noch im Correcturbogen zum Schrecken der Setzer und der Verleger. Diese Mühe scheute er nicht, obwohl er sich sagen musste, dass sie ihm zunächst hauptsächlich nur den Dank des Auslandes einbrachte; denn die stilistische Vollendung seiner juristischen Arbeiten widersprach so sehr der Schreibart seiner Berufsgenossen und Vorgänger, dass sie vielfach gegen ihn kleinliche Vorurteile und sogar Misstrauen erweckte. Und doch suchte er die vollendete Ausdrucksform keineswegs um ihrer Schönheit willen. Vielmehr hat er es oft ausgesprochen, dass ein Gedanke erst dann völlig reif geworden ist, wenn sein Träger die rechten Worte dafür gefunden hat. In der Urform der Gedanken, wie sie aus der Seele auftaucht, sah er im besten Falle nur ein mit Schlacken vermischtes Gold, das erst gesäubert werden muss, ehe man es auf den Markt bringen darf. „Wo andere mit ihrer Arbeit fertig sind, da fange ich überhaupt erst an." Dies durfte er von sich rühmen.

So schwer ihm nun die Säuberung der Urformen wurde, desto leichter wurde ihm nicht blos die Verarbeitung, sondern auch schon die Sammlung des Stoffes. Seine instinctive Fähigkeit, eine gesunde, natürliche Denk- und Empfindungsweise von einer krankhaften und gequälten zu unterscheiden, kannte nirgends ihres Gleichen. Ein angeborenes Gefühl für die Erkenntnis der menschlichen Thorheiten setzte bei der leisesten Berührung seine humoristische Neigung zum Spotte und zum Scherze in Thätigkeit. Der Kern dieses vielgefürchteten Spottes war jedoch immer ein gutmütiger, weil ihn die Einsicht in die menschlichen Schwächen niemals

zum Hochmute stimmte, sondern nur einen erwünschten Anlass zur Entfaltung heiterer Stimmungen darbot. So konnte er die juristische Litteratur durchfliegen oder sich vorlesen lassen, ohne dass ihm dabei etwas wirklich Wertvolles entging. Wie eine Wünschelruthe, welche den verborgenen Schatz anzeigt, regte sich in ihm überall da, wo er etwas Beachtenswertes hörte, sofort eine innere Stimme, die es aus der Masse der misslungenen Gedanken heraushob, welche er sogleich in das Meer der Vergessenheit zurücksinken liess. Diese Schnelligkeit im Verwerten fremder Geisteswerke hängt mit einem Grundzuge der Beanlagung Jhering's zusammen, der in seinen ersten Abhandlungen, die sich zunächst an die übliche Arbeitsweise anlehnten, noch wenig hervortritt, um späterhin um so klarer aus seinen Schriften hervorzuleuchten, seiner erstaunlichen Beobachtungsgabe, wie sie sonst weit mehr Naturforschern als Männern der geschichts- und sprachwissenschaftlichen Fächer, zu denen die Rechtslehre gehört, eigen ist und die vielleicht nicht ohne Zusammenhang mit der Freundschaft ist, welche ihn gerade in den kleineren Hochschulen mit hervorragenden Beobachtern der Natur verband. Während der Jurist gewöhnlich seine Arbeits- und seine Erholungszeit sondert, ging diese Scheidung für Jhering allmählich verloren. Dieser Mann stand immer ganz und voll in seinem Berufe; in der gesellschaftlichen Plauderei wie im ernsten Gespräche mit Gelehrten anderer Fächer, auf der Pferdebahn wie im Theater, überall sammelte er Gedanken, welche er mit seinen juristischen Arbeiten in Beziehung zu setzen wusste. Zum Beweise diene *die Jurisprudenz des täglichen Lebens*, ein Büchlein, das ohne jedes Vorbild in der juristischen Litteratur dasteht. Vergleichbar jenem Könige der Fabel, dem sich alles, was er berührt, in Gold verwandelt, zaubert hier Jhering aus den alltäglichen Dingen, die der Jurist bis dahin achtlos zu übersehen pflegte, juristische Aufgaben hervor; die ganze Welt wird hier in ein grosses juristisches Examinatorium verwandelt. Die Eisenbahn, das

Wirtshaus, der Ballsaal, das Postbureau, alles starrt von Rechtsfragen, die die höchste Denkkraft zur Beantwortung herausfordern. Er sprach es geradezu aus, dass der erfolgreiche Umschwung, den die Naturwissenschaft genommen hat, seitdem sie die Bücherweisheit mit der Beobachtung des Wirklichen vertauschte, von der Jurisprudenz nachzuahmen ist. Dabei ist freilich nicht zu übersehen, dass die Rechtssätze nur aus der Vergangenheit erkennbar sind und oft übertreten werden, während die Naturgesetze in ihrem Wirken unfehlbar bleiben. Trotzdem lag jedoch in Jhering's Behauptung ein neuer richtiger Fingerzeig für die Kunst der juristischen Fragestellung und für die Erkenntniss der vis ac potestas legum, zugleich auch ein Protest gegen die engherzige Auffassung der Rechtssätze als blosser Processentscheidungsregeln. Nicht nur den Einfluss des Rechts auf die Richter, sondern seine Einwirkung auf das Volksleben selbst nahm er sich zum Zielpunkte. Dadurch wurde der psychologische Druck der Gesetze auf das Verhalten der Einzelnen, der im Strafrechtsgebiete längst bekannt und erforscht war, auch für die Privatrechtswissenschaft ein unerlässlicher Gegenstand der Forschung. Diese Vertiefung unserer Berufsaufgabe, bei der auch Thöl's Arbeitsweise Jhering vorgeschwebt haben muss, setzte nicht blos eine beispiellose Empfänglichkeit für jeden Eindruck voraus, sondern ebenso eine gleichfalls beispiellose Kraft der Gedankenverbindung. Die überraschenden Beziehungen, die er in blitzartiger Weise zwischen den entlegensten Dingen, zwischen dem Kleinen und dem Grossen herstellte, machten ihn nicht nur zum witzigsten Gesellschafter, zum hinreissenden Tischredner, der die Kunst besass, jederzeit in der grössten Versammlung ein homerisches Gelächter ausbrechen zu lassen, sondern gaben ihm auch bei seinen wissenschaftlichen Kämpfen eine Waffe von unvergleichlicher Wirksamkeit. Der „Begriffshimmel", den er in seinem *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* geschildert hat, um diejenigen zu verspotten, welche die Wirklichkeit des Rechtslebens in das

Prokrustesbett vorgefasster Schulbegriffe einspannen, ist eine Schöpfung, die ausser ihm niemand fertig bringen würde. Sie erinnert, wie einmal ein Leipziger Rechtslehrer treffend bemerkte, an Dante; das Merkwürdigste besteht aber darin, dass es Jhering gelungen ist, den Stil des grossen ernsten Florentiners in das Humoristische zu übertragen. Wie er das angefangen hat, das muss man bei ihm nachlesen. Auch seine Plauderei war von unwiderstehlichem Zauber. Von der unendlichen Fülle seiner gelegentlichen Witzworte und seiner unermüdlichen Schwänke kann sich niemand eine Vorstellung machen. Es waren ihrer so viele, dass er oftmals, wenn man sie ihm nach Jahren wiedererzählte, diese seine Kinder nicht mehr erkannte und sich darüber, wie über etwas ihm völlig Neues, zu freuen vermochte.

Obwohl ich weiss, dass der Ernst eines Nachrufes nähere Angaben in dieser Richtung nahezu verbietet und mich nicht dem Vorwurfe der Indiscretion aussetzen will, so kann ich es mir doch nicht versagen, wenigstens zwei seiner Aussprüche aus Unterredungen, die ich mit ihm hatte, einzuschalten, welche beweisen, dass er das tägliche Leben nicht blos in den Dienst der Rechtsanwendung, sondern in den noch höheren der Wissenschaftslehre zu stellen vermochte.

„Die meisten Bearbeiter wissenschaftlicher Streitfragen gleichen den Dienstmägden, welche zu bequem sind, um den Staub vom Fussboden langsam abzuwischen, sondern heftig mit dem Besen darüber fahren. Hernach scheint es so, als sei der Boden rein; aber in Wahrheit schwebt der Staub nur in der Luft. Nach einiger Zeit senkt er sich dann wieder und alles ist beim Alten."

In seiner Abneigung gegen die vielen Anmerkungen der juristischen Schriften brach er in die Worte aus: „In den juristischen Büchern gleicht der Leser einem armen Dienstmädchen, das fortwährend bald im Erdgeschosse vom Herrn und bald im obern Stockwerke von der Frau gerufen wird

und so treppauf und treppab springen muss, bis es den Atem verliert."

Dieser selbe überraschende Gedankenschwung kehrt in allen seinen Werken wieder. Man hat viel von seiner „Phantasie" gesprochen mit dem unfreundlichen Hintergedanken, dass diese Eigenschaft eigentlich für den Geschichtsforscher ein schlimmer Fehler ist. In diesem Tadel mag vielleicht ein Fünkchen Wahrheit stecken. Die Phantasie bedarf da, wo sie im Dienste der Erforschung der Wahrheit steht, eines starken Gegengewichtes durch eine skeptische Selbstkritik und es soll zugegeben werden, dass bei so warm empfindenden Naturen, wie Jhering, die ehrliche Freude über eine vermeintliche Entdeckung nicht immer die erforderlichen Zweifel an ihrer Richtigkeit zur vollen Geltung kommen liess. Dass überhaupt in Jhering's *Geist des römischen Rechtes* mehr von seinem eigenen Geiste steckte, als es dem nüchternen Leser erwünscht ist, mag ebenfalls richtig sein. Allein ohne denselben Gedankenschwung, der ihn zuweilen zu weit führte, würde das einzigartige, bahnbrechende Werk überhaupt nicht haben entstehen können. Die allzu grosse Kühnheit seiner Vermutungen war, im Grunde genommen, nur die unvermeidliche Schattenseite der Grösse seiner Denkkraft, wie auch seine grosse Reizbarkeit mit der übernatürlichen Empfänglichkeit seiner Beobachtungsgabe Hand in Hand ging. Diese Fehler glich der ehrliche Mann reichlich durch die seltene Tugend aus, Irrtümer da, wo er von ihnen geheilt war, offen als solche zu bezeichnen und sich in opferfreudigster Weise ihrer als schuldig zu bekennen. Aller tugendstolze Dünkel widerstrebte überhaupt seinem Wesen, er fühlte sich stark genug, um auch eine übelwollende Nachrede zu ertragen und liebte es geradezu, seine Schwächen scherzend hervorzuheben, namentlich seine Vorliebe für eine gut besetzte Tafel; denn er war ein trefflicher Menschenkenner, der sehr wohl wusste, dass die Leute sich einem überlegenen Geiste gegenüber nur dann in behaglicher Stimmung be-

finden, wenn sie nicht fortwährend zu ihm hinaufblicken müssen, sondern auch dann und wann einmal Gelegenheit haben auf ihn hinabzusehen. Aber trotz des liebenswürdigen Strebens immer und überall, auch dem Geringsten gegenüber, den Ton des anspruchslosesten Verkehres auf dem Boden der Gleichberechtigung festzuhalten, trotz seiner Fertigkeit in der Kunst des harmlosen Scherzes, in dem selbst der Greis sich die bezaubernde Unbefangenheit des Kindes zu bewahren verstand, wusste er doch in jedem Augenblicke genau, was er war, was er wollte und was er konnte, und keinem, der ihm nahe trat, vermochte dies zu entgehen. Ein glühender Thatendrang verbarg sich hinter den weltmännischen Formen seiner Redeweise und seiner lebensfreudigen Gewohnheiten, der feste, innige Glaube an einen hohen und ernsten Beruf, der die eigentliche Triebkraft seines Lebens und Schaffens war. Nur wenige vermochten zu diesem Allerheiligsten seiner Seele vorzudringen, das er so wohl zu verbergen verstand. Nur einmal ist es mit vollster Kraft an das Tageslicht getreten, um einen zündenden Strahl weit über Europa's Grenzen hinaus zu senden in seinem Vortrage: *der Kampf um's Recht.* Nicht zum Dulden und zum Geniessen ist der Mensch geboren, sondern zum unablässigen Kampfe für gemeinnützige Ziele. Das war der Schlüssel zu Jhering's Dasein. Jhering war ein unermüdlicher Streiter für eine Verbesserung des Rechtszustandes, den er vorgefunden hatte. Sein Kampfgebiet war ein doppeltes. In seiner eigenen Seele rang er unausgesetzt wider die überlieferten Lehren und wider die eigenen früheren Ansichten, die er in neuerem Forschen hinter sich zurückliess; ihn lockte kein klar bestimmtes Ziel, kein vorher bekannter Siegespreis, er glich ganz und voll dem Ideale Lessing's, indem er stets zur Wahrheit hinstrebte, obwohl er wusste, dass Gott allein sie besitzt. Darum war es ihm völlig gleichgültig, was er fand, und was die Leute wohl dazu sagen würden. Wenn es nur seiner wahren Ueberzeugung entsprach, so war es ihm heilig, bis

es ihm gelang, von der guten Einsicht zu einer besseren emporzusteigen. In dieser unausgesetzten innern Entwickelung, welche frei von jeder Regung der Menschenfurcht war, lag vor allem die Grösse Jhering's, und gerade sie zeitigte Erscheinungen, die ihm von Männern, welche ihn nicht verstanden, zum Vorwurfe gemacht wurden. So kam es, dass er die grossartigen Pläne, die er entwarf, in der Regel nur zum Teile ausführte, dann aber liegen liess und sich zu einer neuen grösseren Aufgabe wandte.

Dies gilt sogar von demjenigen seiner Werke, welches am meisten bahnbrechend war: dem *Geiste des römischen Rechtes*. Dieses kündet eine neue Behandlung der Rechtsgeschichte an, welche die älteste Culturstufe nicht mehr mit dem Bildungsdünkel des vorgeschritteneren Kindes der Neuzeit als einen unvollkommenen Auswuchs der Unbildung hinstellte, sondern von der Einsicht ausging, dass die Menschen auch in früheren Zeiten nicht geringwertiger waren, als heutzutage, und nur die andern Verhältnisse und Ueberzeugungen, denen sie sich anpassen mussten, bei ihnen andere Ergebnisse zeitigten. Wenn auch nicht alles sich erhalten wird, was Jhering an Vermutungen über den innern Zusammenhang der altrömischen Quellen aufgestellt hat, die er hier grundsätzlich in grossen Massen auf einmal, gleichsam aus der Vogelperspektive, nicht aber unter dem Mikroskope der Einzelexegese anschaut, so wird doch das Gesammtbild, welches er vom römischen jus civile entworfen hat, mit Recht allgemein bewundert und die unfreundlichen Urteile der Fachgenossen, welche dieses Werk zunächst empfingen und den Verfasser auf das Tiefste verwundeten, sind längst von den Stimmen der Anerkennung übertönt. Die Hauptwirkung des Werkes besteht darin, dass es die Notwendigkeit einer übersichtlichen Aneinanderpassung der rechtsgeschichtlichen Bruchstücke auch für die sog. innere Rechtsgeschichte veranschaulicht, nachdem Puchta nur für das, was man äussere Rechtsgeschichte nennt, eine zusammenhängende Gesammtdarstellung gefun-

den hatte. Die Wechselwirkung, welche bei jeder fruchtbringenden rechtsgeschichtlichen Arbeit zwischen einer klaren Anschauung vom Ganzen und der Erforschung des Einzelnen bestehen soll, ist in diesem Hauptwerke Jhering's durch ein fesselndes Beispiel für alle Zeiten als unentbehrlich hingestellt worden. Ueber das jus civile kam aber sein *Geist des römischen Rechtes* nicht hinaus. Für die Lebensbedingungen des Landmannes und die Parteikämpfe eines noch nicht unübersichtlich gewordenen Gemeinwesens besass er ein Verständnis wie kein anderer. Dass dagegen die Römer der kaiserlichen Weltstadt in seinem Werke nicht in 's Auge gefasst sind, ist Kohler's kritischem Scharfblicke nicht entgangen. Doch lag wohl auch in dieser Beschränkung ein Beweis für Jhering's Meisterschaft. Wenn er sich an die Weltstadt und den Welthandel der Kaiserzeit nicht hinanwagte, so mag ihn dabei eine vielleicht nur halb bewusste Einsicht in die Grenzen seines Könnens zurückgehalten haben. Die wirtschaftlichen Kräfte, welche in den grossen Verkehrscentren walten, sind ihm auch in Wien nicht völlig vertraut geworden; in diese grosse Umgebung kam er zu spät, um ihre Grundzüge mit seinem Wesen zu verweben. Dagegen hat er in seinem *Kampf ums Recht* für die Engherzigkeit der spätrömischen Wirtschaftspolitik einen überaus scharfsichtigen Blick gezeigt. In der That musste ihm, wie Puchta, ein Zeitabschnitt, der dem Einzelnen die Waffen zum Streite um das eigene Recht vielfach entwand, um ihm statt dessen die weitgehendste Bevormundung aufzunötigen, besonders widerstreben.

Der *Geist des Römischen Rechtes* hatte ihn schliesslich aus dem geschichtlichen Gebiete an das dogmatische herangeführt, und seine reformatorische Zuversicht suchte auch hier durch Kritik neue Bahnen zu eröffnen. So gerieth er an die juristische Methodologie und erreichte in seinen Ausführungen über die Technik des Rechtes den Höhepunkt seiner Leistungen, der namentlich auch von Windscheid in vollstem Maasse anerkannt wurde. Seit Leibniz war

in so eindringender Weise noch nie über die juristische Methode geschrieben worden. Mit Dankbarkeit erkenne ich es an, dass ich vor einer jeden meiner ersten Arbeiten mir in dieser Schule Rat erholt habe, einen Rat, den ich sonst in keinem Buche und aus keinem Munde gefunden haben würde, und ich glaube vermuten zu dürfen, dass die meisten juristischen Schriftsteller in meiner Generation sich in ähnlicher Weise zu ihrem Berufe gestählt haben.

Die methodologischen Untersuchungen haben Jhering seitdem nicht losgelassen. Immerfort sehen wir ihn nach der eigentlichen Vorfrage der Rechtslehre: „Wie muss das Recht behandelt werden?" hinsteuern. So gelangte er zu dem unvollendeten Werke: *Der Zweck im Recht*, und zu einer vielfach angefochtenen Monographie: *Der Besitzwille*, in der er seine „teleologische" Methode, die ihn zu den Fragestellungen der *Civilrechtsfälle* und der *Jurisprudenz des täglichen Lebens* hingeführt hatte, auch in der Lösung einer dogmatischen Streitfrage zu verwerten suchte. Dieser *Zweck im Recht* ist dasjenige Buch, welches ihm die philosophische Doctorwürde verschafft hat, und doch von anderer Seite mehr ungerechte Beurteilung, als irgend ein anderes[1]). Windscheid sagte mir einmal, er begreife nicht, dass ein Mann, wie Jhering, der auf dem juristischen Gebiete Meister sein könne, statt dessen es vorziehe, auf dem philosophischen als Dilettant zu arbeiten. Dieses hässliche Wort „Dilettant" ist nun auch noch nach Jhering's Tode mehrfach in seine Beurteilung eingeflochten worden. Und doch scheint mir dieser Vorwurf völlig ungegründet, mag man an der scharfen Abgrenzung der Gelehrtenzünfte auch

[1]) Eine eingehende Würdigung dieses „Entwurfes einer Phänomenologie der gesammten ethischen und socialen Welt" findet sich bei A. Merkel in den *Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechtes*, Bd. 32, S. 29 ff. Vgl. auch die treffende Bemerkung Hartmann's in der *Festgabe der Juristenfakultät zu Tübingen*, S. 96, aber auch Eck, a. a. O., S. 36 ff.; Kuntze, a. a. O., S. 7 ff.; Kohler, a. a. O., S. 114.

noch so strenge festhalten. Sieht man auf die Arbeitsziele, welche ihm vorschwebten, so kann man Jhering freilich nicht den Philosophen zuzählen, obwohl er von der Königin der Wissenschaften mindestens so viel verstand, wie viele andere, die als deren Vorkämpfer auf juristischem Gebiete aufzutreten liebten. Allerdings zwang ihn seine Ehrlichkeit, die Lücken seiner Kenntnisse auf philosophischem Gebiete einzugestehen, als er an eine juristische Aufgabe herantrat, auf dem, wie er wusste, sie zu Tage treten mussten. Er hat dieses Gebiet wahrlich nicht aufgesucht, um durch Vielseitigkeit zu blenden, solche Beweggründe lagen diesem Manne fern. Er wandte sich vielmehr der allgemeinen Rechtslehre deshalb zu, weil er in der besonderen an der Richtigkeit seiner eigenen Arbeitsweise irre geworden war. Der Beifall, den diese Arbeitsweise fand, lockte ihn nicht, er spornte ihn vielmehr an, sie zu prüfen, damit er nicht durch seinen Einfluss Unheil anrichte. Darum trat er an die grosse Frage heran, wie sich die Rechtssätze, die Rechtszwecke und die Rechtsbegriffe zu einander verhalten; denn er glaubte zu bemerken, dass falsche Ansichten über diesen Punkt eine unpraktische und unpolitische Afterweisheit erzeugten, geistvolle Hirngespinnste, die dem Praktiker, dem Gesetzgeber und dem Studirenden eher nachtheilig als förderlich waren und eine fühlbare Schädigung des Ansehens und des Einflusses der Rechtswissenschaft nach sich zogen. Darum sann er dem Begriffe des Rechtes in dessen Gegensatz zu verwandten Erscheinungen nach, darum beschäftigte er sich mit Sitte und Sittlichkeit, Mode und Tracht und kam schliesslich sogar an das Trinkgeld. Das alles nur im Dienste des einen Gedankens, dass „der Zweck der Schöpfer des Rechtes" ist, d. h. dass die Rechtsbildung überall den Rechtsschutzbedürfnissen nachfolgt, aber nicht vorhergeht und darum in jenen Bedürfnissen ihren Leitstern und ihre Schranken zu suchen hat. Die bedrohte Fühlung zwischen der Rechtslehre und dem Leben wollte er wahren und auf das Neue befestigen. Seine Formel klingt zwar hart an den

überwundenen Rationalismus und Utilitarismus an. Allein der „Zweck" Jhering's ist nicht nur der Eigennutz; in seinem Sinne ist es vielmehr jeder Trieb, der ein Herz bewegen kann. Die Ehrfurcht vor der Autorität und das Mitleid, Glaube, Liebe und Hoffnung, sie alle gehören mit zu Jhering's „Zweck" und die Unterordnung der Einzelinteressen unter die Bedürfnisse der Gesammtheit ist ein Hauptgrundzug der Anforderungen, welche er stellt.

Sein eigener Zweck war dabei, überall von jeder Erklärung eines Rechtssatzes zu verlangen, dass sie aus Empfindungen und Gedanken heraus geschehe, die verständlich sind, nicht aber aus willkürlichen „Principien" und Begriffsbestimmungen, die bei der Studirlampe ausgesonnen sind. Dass die allgemeinen Rechtslehren, die er aus den verschiedensten Gebieten durch Verallgemeinerung gewann, nach Raum und Zeit eine besondere Gestalt annehmen müssen, dies hat er nicht bestreiten wollen [1]. Nur die Methode, nicht den Inhalt der Rechtswissenschaft wollte er verallgemeinern. Er fühlte, dass sie in der Auffassung des Vergangenen und des Gegenwärtigen an einem engherzigen Formalismus, einer unnatürlichen Umständlichkeit krankte; er fühlte dies an seinen eigenen Werken, deren Grundgedanken er überwunden hatte, während man sie noch auswärts auf den Kathedern als seine Lehre verkündete. Nach dem Teufel des Doctrinarismus schleuderte er sein Tintenfass, ihn verfolgte er mit erbarmungslosem Spott in den „Begriffshimmel" hinein, bis er ihn wenigstens in seinem Innern überwunden hatte. Das alles war keine Philosophie, und wenn viele Juristen es dafür erklären, so grenzen sie eben das Gebiet der Rechtswissenschaft anders ab, als Jhering es that. Sie nennen Jurisprudenz nur das, womit sich bisher die Rechtslehrer zu beschäftigen pflegten, Jhering aber zählte dahin alles, womit sie sich hätten beschäftigen sollen, weil ihre Berufsaufgabe es verlangte. Bemerkt mag noch werden,

---

[1]) Ebenso Merkel, a. a. O., S. 31.

dass es vornehmlich Juristen sind, welche sich zu Beschützern der Philosophie gegen Jhering's angebliche Uebergriffe und des Jhering'schen Ruhmes gegen seine angeblichen Missgriffe berufen fühlten; die Philosophen vom Fach hatten dagegen in der Regel von seinem Schaffen eine bessere Meinung. Mit Freuden gedenke ich noch der warmen Worte, welche der vortreffliche Hallenser Philosoph Erdmann der Schrift Jhering's zu widmen pflegte. Auch da, wo sie keine Philosophie enthielt, streifte sie doch überall durch ihre allgemeine Fassung an diese Wissenschaft heran und wurde dadurch zu einer Schule für Philosophen. Erdmann würdigte namentlich in gebührender Weise den Vorwurf derjenigen, welche Jhering tadelten, weil er Dinge gesagt hat, die sich schon anderweitig vorfinden, als ob ohne diesen unvermeidlichen Fehler eine derartige Arbeit überhaupt möglich wäre. Noch drastischer drückte sich ein jüngerer Professor der Philosophie aus: „Jhering ist der Einzige unter den Juristen, von denen wir Philosophen etwas lernen können."

Im Grunde forschte und schrieb Jhering auch hier wieder vornehmlich deshalb, um für die eigenen Zweifel eine Lösung zu suchen. Als er sie in der Hauptsache gefunden zu haben glaubte und im *Besitzwillen* dafür einen Beweis angetreten hatte, dessen polemische Seite vielleicht zu weit ging, aber sicherlich in der Hauptsache den Nagel auf den Kopf traf, da liess er auch den *Zweck im Recht* als Bruchstück liegen und wandte sich der Urgeschichte des Rechtes zu, jener nebelhaften Vorzeit, aus der die ältesten uns bekannten Rechtsurkunden herausgewachsen sind. Dieses Unternehmen beweist die erstaunliche Jugendfrische des mehr als siebzigjährigen Mannes. Ob aus ihm Bruchstücke hervorgegangen sind, deren Veröffentlichung zu erwarten ist, weiss ich nicht. Das Eine aber ist gewiss, dass dieser neue gross angelegte Plan es dem rastlosen Manne möglich machte, mitten in einer weithin zielenden Arbeit von seiner Lebensaufgabe durch einen Schlagfluss abgelöst zu werden. Ein

solcher Tod auf dem Schlachtfelde kam dem unermüdlichen Helden zu, jeder andere würde das Bild seines Lebens entstellt haben. Der Kampf dieses Lebens war ein freudiger, guter und edler. In seinem Einflusse, den er eifrig wahrte, sah er nur eine Waffe, die er sich nicht entwinden liess, nicht einen Siegespreis. „Glauben Sie mir, dass der Ruhm, den ich geerntet habe, dem Leben keinen wahren Wert giebt; was ihm diesen Wert giebt, ist die Liebe zu denen, die uns lieben, aber noch weit mehr die Arbeit." Mit diesen Worten nahm er bei seinem Jubiläum einen Monat vor seinem Tode von mir Abschied. Bei der Erinnerung an sie will auch ich mich jetzt von seinem Bilde trennen.

Windscheid's Schicksale und Gesinnungen haben mit denen Jhering's manche Berührungspunkte. Beide sind aus kleinen Lehrverhältnissen heraus nicht allzu schnell zu einem grösseren Wirkungskreise gelangt und durften so völlig zur Reife kommen, ehe sie die allgemeine Aufmerksamkeit auf sich zogen. Beide fühlten sich zum Höchsten berufen und beide lebten und starben in ihrem Berufe, inmitten eines edeln Familienkreises, schon bei ihren Lebzeiten der Unsterblichkeit gewiss. Beide waren davon durchdrungen, dass ein Fortschritt für die Wissenschaft erforderlich sei und strebten bis zu einem gewissen Grade aus der Gelehrsamkeit der historischen Schule, die ihnen im Wissensqualme zu ersticken schien, hinaus, den Bedürfnissen des Tages entgegen.

Und doch fasste Windscheid seine Aufgabe ganz anders auf als Jhering. In Windscheid's schlanker Gestalt mit ihren tiefernsten Zügen prägte sich eine weise Lebensführung und strenge Selbstbeherrschung aus. Ihm fehlte das ungestüme Feuer des Ostfriesen, dem die Fahrt auf die See kühner Unternehmungen nötiger schien als das Leben, dafür wurde ihm die Weltklugheit des Rheinländers geschenkt. Sie lehrte ihn frühe die Eigenschaften kennen, welche an dem Juristen mehr als an allen andern geschätzt werden,

vornehmlich die Festigkeit der Gedanken und der Rede. Die Festigkeit des Rechtes ist es ja, ohne welche alle weiter aussehenden Unternehmungen, namentlich die kunstvolleren Geschäfte des Handels und der Industrie, sich die Sicherheit des Staatsschutzes nicht verschaffen und darum nicht gedeihen können. Der Sohn des verkehrsreichen Rheinlandes war daher ein Hohepriester dieser Juristentugend, der er alle seine Erfolge verdankt. In Jhering's Kopfe erscheint der Gesetzgeber als ein Diener des Zweckgedankens und somit des Forschers, der diesen zu erfassen versteht. Darum liegt in seinen Sätzen etwas Herrisches, was den Durchschnittsmenschen leicht einschüchtert. Ganz anders tritt Windscheid dem Leser entgegen. Nach einem seiner geflügelten Worte ist die Rechtswissenschaft eine Magd der Gesetzgebung; aber eine Magd, die eine Herrscherkrone trägt. Die Magd mit der Herrscherkrone, das ist ein getreues Abbild der Seele Windscheid's. Er war kein Streiter, sondern ein Diener, im besten Sinne des Wortes ein servus servorum Dei, ein Mann des Friedens, den er durch möglichst unbeugsame Lehrsätze zur höchsten Unanfechtbarkeit zu bringen bestrebt war. Er war ein Meister der Anpassung, nicht der Neugestaltung, und darum suchte seine scharfsinnige Zersetzungskunst die Eigenart der juristischen Denkweise so viel wie möglich von allem Fremdartigen abzusondern, während Jhering's weitsichtiger Blick sie überall mit den andern Zweigen des geistigen Lebens verband. Für Windscheid war die Berufsarbeit nicht die Lebensbethätigung einer vulkanischen Urkraft, sondern in seinen Hauptwerken lagerten sich in neptunischer Art mit langsamer Stetigkeit Schätze des sorgsamen Forschens und er selbst bemühte sich durch die höchste Geduld, diesem ruhigen Werden jede Störung von aussen und innen fernzuhalten. Auch seine Ausdrucksweise ist, wie diejenige Jhering's, mit peinlicher Sorgfalt abgewogen, doch leitete ihn dabei eine andere Sorge, als sie Jhering empfand. Die Schönheit der Sprache schien ihm von untergeordneter

Bedeutung, die Umprägung der allbekannten Gedanken in eine neue, anschaulichere Form liebte er nur insoweit, als es sich um die Verdeutschung römischer Begriffsnamen handelte. Im Uebrigen waren es zwei Ziele, die ihm vor Augen standen: Die Anpassung der eigenen Rede an diejenige der höchsten Gerichtshöfe und die vorbeugende Sicherung seiner Sätze gegen voraussichtliche Einwendungen. Diese Sicherung kennzeichnet den Stil des Unterrichters, der die Anfechtung seiner Urteilsgründe in höherer Instanz befürchten muss. Doch auch auf den höheren Stufen des Richteramtes hat das articulirte Verfahren ein Streben nach der denkbar höchsten Schärfe des Ausdrucks, eine nahezu hochnotpeinliche Sorgfalt in der Sprachbildung hinterlassen. Von der Arbeit, die sich dieser Redeweise anpasste, kann der Satz: „in ipso labore voluptas" auch für Windscheid nicht durchweg gegolten haben; denn von seinem ruhmreichsten Werke, dem Pandekten-lehrbuche, soll er, wie Eck mitteilt, geäussert haben, dass es ihn „gefangen" halte. Mit saurem Schweisse schmiedete er den Stoff in Formen, die selbst dem gedankenarmen Leser völlig zugänglich waren, aber auch dem geistreichen Gegner einen undurchdringlichen Stahlpanzer entgegenstellten.

Obwohl diese Arbeitsweise von derjenigen Jhering's weit ablag, so war doch auch sie eine notwendige und berechtigte. Nachdem Savigny und Puchta die gesammte ältere juristische Litteratur von Jahrhunderten so sehr zurückgedrängt hatten, dass sie seitdem nur noch gelegentlich in Betracht gezogen zu werden pflegte, und sobald man anfing, die Aufgaben der römischen Rechtslehre unmittelbar aus den Texten der Justinianischen Sammlung zu beantworten (ohne jede Rücksicht auf die Rechtsquellen der späteren Zeiten), waren die Bedingungen des wissenschaftlichen Schaffens für das Privatrecht zwar in bestimmte Grenzen gebannt, aber eben dadurch auch in hohem Maasse erleichtert worden. Es war nicht allzu schwer, eine brauchbare wissenschaftliche Arbeit herzustellen. Hieraus entwickel-

te sich daher eine unnatürliche Fruchtbarkeit an mittelwertiger Waare, die aber doch hier und da Beachtenswertes enthielt, was verloren zu gehen drohte. Andererseits kam in die Wissenschaft durch ihre Zersplitterung in Einzeluntersuchungen eine Centrifugalkraft hinein, die schliesslich an den Grundsäulen des ganzen Baues rüttelte und die Verwirrung eines babylonischen Turmbaues in der juristischen Redeweise herzustellen drohte. Dies war um so schlimmer, als die deutsche Sprache bekanntlich keine Akademie besitzt, die ihrer willkürlichen Umgestaltung ein Gegengewicht bietet. In solchen Zeiten bedarf es einer Fundstelle für die Mannigfaltigkeit des beachtenswerten Neuen und eines Sammelplatzes, dessen allbekannte Ausdrucksweise ein Verständigungsmittel inmitten des wachsenden Auseinanderstrebens der Denk- und Redeweise ist. Einen solchen Mittelpunkt schuf Windscheid in Anlehnung an das überlieferte System, das die herrschende Lehre, die es für überflüssig hält, seiner Entstehung mit Sorgfalt nachzuforschen, nicht ohne Willkür Heise zuschreibt, der es zuerst in den Universitätsvorlesungen verwendet haben soll. Heise selbst bekennt freilich, es von anderen entlehnt zu haben (vgl. dessen *Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandektenvorlesungen.* Dritte verbesserte Ausgabe. Zweiter Abdruck. Heidelberg bei C. F. Winter, 1822, S. IX). Dies System war von Puchta verbreitet worden, durch Windscheid wurde es verbessert und unausgesetzt aus der neueren Litteratur vervollständigt. Windscheid's Wahrnehmungsfähigkeit in der Welt der Bücher war derjenigen Jhering's dadurch überlegen, dass er die Ausübung der undankbaren Kunst, in fremde Gedankenkreise einzudringen, sich in noch ganz anderm Maasse zuzumuten verstand, als Jhering. Hierin stand er ohne Nebenbuhler da; jeden anderen schreckte die Aufgabe zurück, mit Windscheid's Genauigkeit eine Beherrschung der zeitgenössischen Litteratur anzustreben, und kein neueres Pandektenlehrbuch erwartet, im Punkte der Vollständig-

keit mit dem seinigen verglichen zu werden. Wenn man nun aber bedenkt, wie unklar, missgestaltet und verworren ein grosser Teil dieser Schriften ist, so muss man die übermenschliche Geduld des Mannes anstaunen, der es unternahm, mit Bienenfleis den Honig aus solchen Blumen zu saugen und ihn in die Zellen des Systems einzufügen. Einen modernen Accursius nennt ihn Kuntze, und das war er nicht blos dadurch, dass er Bibliotheken zu einem Buche concentrirte, sondern auch durch die Grösse seines Einflusses auf die Praxis. Dasselbe Bedürfnis, welches in Preussen, Oesterreich, Sachsen und andern Staaten zu Gesetzbüchern hingedrängt hatte, machte Windscheid zum Codificator der gemeinrechtlichen Gebiete. Das Gesetzgebungsrecht des Herrschers, welches ihm die Verfassungen nicht gewährten und sein bescheidener Sinn ablehnte, wurde ihm gleichsam durch eine stillschweigende Zustimmung der Rechtspfleger zuerkannt. Seine Auslegungen waren authentische und wie einstens die *glossae glossarum* der Hauptforschungsgegenstand wurden, so ist für manche neuere Schriftsteller die durch Windscheid's Einfluss gefestigte herrschende Lehre geradezu die Grundlage der Forschung, von deren Quellen sie nichts wissen wollen.

Wie die Glosse des Accursius für die Consiliatoren an die Stelle der Justinianischen Texte trat, so bewirkte auch Windscheid's Buch zuweilen, dass die Lernenden und die Richter sich mehr und mehr des unmittelbaren Quellenstudiums entwöhnten und auf die Worte des Leipziger Rechtslehrers schwuren. Wohl den Ergebnissen der neueren Forschung, die sein Lehrbuch mit einem „placet" versah; wehe denen, die es ablehnte. Dadurch gerieth das Schicksal eines grossen Teiles der juristischen Schriftstellerwelt und die gesammte gemeinrechtliche Praxis in eine Abhängigkeit von seinem Werke, die dem von Praktikern angefertigten ersten Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches den Stempel seines Geistes selbst dann aufgedrückt haben würde, wenn er auch nicht eine Zeit lang in der Gesetzgebungscommis-

sion thätig gewesen wäre. In der Verwaltung seines Herrscheramtes verfuhr Windscheid mit dem höchsten Wohlwollen und mit edelem Gerechtigkeitssinne, aber natürlicher Weise in den Schranken, die ihm, wie jedem andern, die Naturanlage und die durch sie bedingte Auffassung seines Berufes steckten. Windscheid war keineswegs ein engherziger Freund des Altüberlieferten. So fühlte er zweifellos das Bedürfnis, die exegetischen Fragen überall in zweite Linie zu rücken und sie entweder im Wesentlichen als beseitigt hinzustellen oder als unlösbare Antinomieen bei Seite zu schieben. Ueberhaupt war seine Hochachtung vor den römischen Juristen eine geringere, als er sie bei seinen Lehrmeistern vorgefunden hatte und als man nach seinen Schriften zu glauben geneigt ist. Er war der festen Ueberzeugung, dass die Quellen einer Ergänzung bedürfen. Diese entnahm er aber grundsätzlich nicht aus politischen Erwägungen, um nicht aus der Rolle des Rechtsauslegers in diejenige eines selbstthätigen Gesetzgebers hineinzugerathen. In der Unterscheidung des blos wünschenswerten Rechtes von dem bereits geltenden war sein gewissenhafter Sinn mustergültig. Er wusste wohl, dass die Zweckgedanken unter dem Zwange des Satzes „quot capita tot sensus" stehen und dass sich also aus ihnen allein nur persönliche Ansichten *de lege ferenda*, nicht gemeingültige Sätze *de lege lata* herstellen lassen. Er glaubte dagegen an eine productive Kraft der reinen Denkthätigkeit. Durch Zergliederung der Begriffe und obersten Rechtsgrundsätze hoffte er einen ergänzenden Rechtsstoff neben den Quellen gewinnen und auch zugleich der zukünftigen Gesetzgebung vorarbeiten zu können. Dass auch das System, welches er überlieferte, nur als eine in der Geschichte aus menschlichen Bedürfnissen herausgewachsene Grösse aufzufassen ist, nicht als etwas von Ewigkeit zu Ewigkeit durch die Logik Gesetztes, dies würde er schwerlich zugegeben haben. Er teilte hiernach für das Rechtsgebiet der reinen Vernunft neben der Erfahrung eine schöpferische Rolle zu, wie sie ihr im Sinne von Kant's

Kritik dieser Geisteskraft schlechterdings nicht zugestanden werden kann. Wegen dieses seines Glaubens an die Zeugungskraft des wissenschaftlichen Denkens war er von der Notwendigkeit eines steten Fortschrittes der Wissenschaft durchdrungen. Dies war um so mehr der Fall, als er nicht minder als Jhering von der tiefen Kluft überzeugt war, die bei allen schwierigen geschichtlichen Aufgaben zwischen der Ueberzeugung des Einzelnen und der wirklichen, meist unerforschlichen Wahrheit liegt, und als er auch keineswegs etwa geneigt war, die eigene Ueberzeugung grundsätzlich für besser zu halten, als diejenige irgend eines andern redlichen Forschers. Darum war auch er aufstrebenden Anfängern nicht minder wohlgesinnt als Jhering. Er sah jedoch weniger wie dieser auf schöpferische Eigenartigkeit ihrer Gedanken als auf ihre Fähigkeit zu scharfsinnigen Zergliederungen und Umprägungen der vorhandenen Rechtsgedanken in neue Sätze oder neue Gruppen. Mit der höchsten Nachsicht verfuhr er in der Benützung und Verwertung fremder Leistungen. In der Wissenschaft wie im Leben brachte seine mitleidsvolle Seele einer jeden schwachen Creatur, selbst den Tieren, das höchste Wohlwollen entgegen, während Jhering's Neigung sich in allen Gebieten weit mehr den Gewaltigen der Erde zuneigte. Darum war auch Windscheid trotz seiner vornehmen Haltung, aus der das Bewusstsein des eigenen Einflusses hervorleuchtete, doch frei von jeder Eitelkeit und jedem Hochmut. Seine Besorgnis, irgend einer bescheidenen Regung nicht vollkommen gerecht zu werden, spiegelt sich insbesondere in der Gründlichkeit wieder, in der er die Anmerkungen seines Lehrbuches mit fremden Gedanken zum Theile förmlich überlud, und zwar vielfach auch mit solchen, welche eine derartige Ehre kaum verdienten.

So mild er jedoch nach dieser Hinsicht war und so gern er als ein Mehrer des Reiches neue Sätze (z. B. Bähr's Lehre vom abstracten Vertrage u. a. m.) zu dem alten Bestande zufügte, so wenig geneigt war er überall da zu

irgend welcher Anerkennung, wo er glaubte, dass an den Grundlagen des Systems gerüttelt werde, das er übernommen hatte und wie ein heiliges Feuer wahrte. Die Zulassung einer schöpferischen Jurisprudenz, welche nicht blos neben den Quellentexten steht, sondern geradezu klare Gesetzesbuchstaben dem Gemeinwohle opfert, und die Behauptung derogatorischer Gewohnheitsrechte ohne jeden Beweis widersprachen seiner peinlichen Gewissenhaftigkeit. Sind es ja doch vornehmlich die Armen und Schwachen, Windscheid's Freunde, die überall und jederzeit das freie Belieben des Richters fürchten. Seine gewissenhafte Scheu, aus einem unbekannten Ganzen einzelne Stücke herauszureissen, mag wohl vornehmlich die Ursache davon sein, dass er sich von der neu aufkeimenden vergleichenden Privatrechtslehre fern hielt. Nur seiner Liebe zur Festigkeit des Rechtes entstammte auch seine Neigung, veraltete Bestandteile des römischen Rechtes als geltend beizubehalten, sowie seine Abneigung gegen Angriffe, die die herrschende Lehre nicht blos von der Aussenseite, sondern in einer ihrer Grundanschauungen anfochten. Darum war ihm z. B. der Kampf gegen das „Willensdogma", den ich im Widerspruche mit seinen Schriften geführt habe, höchst unsympathisch. Wenn er mich trotzdem durch ein freundliches Wohlwollen bis zu seinem Lebensende zu aufrichtigem Danke verpflichtet hat, so glaube ich dies dadurch erklären zu dürfen, dass ihm mein Streben, die herrschende Lehre auf dem Boden der Exegese zu bekämpfen, nicht grundsätzlich verwerflich erschienen sein kann. Dagegen hat er seinem alten Freunde Jhering es ernstlich übelgenommen, dass dieser nicht blos ein Inventarstück der herrschenden Lehre, den „Besitzwillen", anfocht, sondern dabei sich auch für berechtigt hielt, aus teleologischen Gesichtspunkten einige Pandektenstellen als Ausgeburten eines verwerflichen Doctrinarismus des römischen Juristen Paulus einfach in Acht zu erklären. Eine solche Behandlung des geschriebenen Gesetzesbuchstabens hielt Windscheid für ein unver-

zeihliches Wagestück. Auch für die Fortschritte, welche Dernburg's Pandektenwerk angebahnt hat, soll er, wenn ich recht berichtet bin, nur wenig Empfänglichkeit gezeigt haben. Dernburg tritt den Texten und den üblichen Lehrformen mit einem hohen Maasse von Unbefangenheit und Kritik gegenüber, zwei Heilmitteln, deren Anwendung Windscheid's vorsichtiger Sinn nur in kleineren homöopathischen Dosen liebte.

Diese Vorsicht, welche an den Grundzügen des Ueberlieferten nicht irre zu werden vermochte, setzte natürlicher Weise Windscheid's selbständigen schriftstellerischen Leistungen Grenzen, die Jhering's Geist nicht kannte. Dass Windscheid kein Rechtshistoriker war, gab er gern zu, auch als Exeget hat er schwerlich den Ruhm bedeutender Leistungen für sich beansprucht. Die starken Wurzeln seiner Kraft lagen nicht in Rom, sondern in der Denkweise seiner juristischen Zeitgenossen. Darum stand er auch dem Gedanken, die Rechtsschöpfungen aus allgemeinen philosophischen Wahrheiten herzuleiten und dadurch den Ballast des Ueberlieferten loszuwerden, einem echten, unverfälschten Rückfalle in die Naturrechtsschule, keineswegs feindlich gegenüber. Doch hütete er sich sehr wohl, diese Brücke zu betreten, wohl wissend, dass der getreue Heerbann der Praktiker ihm dahin nicht folgen würde. Nicht durch ausdrückliche Behauptungen, wohl aber durch seine Darstellungsweise wusste er über die Grundbegriffe des Systems den Schein des Unwandelbaren zu verbreiten. Dadurch wurde der längst überwundene naturrechtliche Glaube an die stets und überall giltigen Rechtssätze in einer neuen Form wieder lebendig. Jetzt trat er als die Ueberzeugung von dem Dasein ewiger Rechtsbegriffe auf. In dieser Umgestaltung hatte er freilich seine volksthümliche Form und seinen neuerungssüchtigen Inhalt verloren und darum erwarb er sich die Gunst derer, die zur Wahrung der Rechtsordnung berufen waren. Ihr Standesbewusstsein fand überdies eine besondere Befriedigung in Windscheid's Streben nach

einer streng logischen, scharfsinnigen und tiefsinnigen Redeweise, welche das profanum vulgus aus dem Heiligthume der Rechtspflege zu verscheuchen schien. Diese besondere Vorliebe für die Logik stand ihm jedoch gut an; denn in der Kunst, eine strenge folgerichtige Gedankenreihe in der Art der Mathematiker durchzuführen und fremde Ausführungen auf ihre Folgerichtigkeit hin zu prüfen, war er Jhering in nicht unbedeutendem Grade überlegen. Trotzdem besteht der Hauptvorzug seiner Schriften, sofern sie nicht kritisch sind, keineswegs in einem Reichthume an neuen Gedanken. Das Beste, was er geleistet hat, sind die Begriffsbestimmungen der Voraussetzungen und des Anspruchs, Schöpfungen, die, wenn man sie in ihrem innersten Kerne betrachtet, keine eigentlich neuen Grundsätze für das Rechtsleben und die Urteilsfällung enthalten, sondern nur Vorschläge zu einer Verbesserung des Systems, gewisser Maassen zu einem innern Umbau. Vieles, was bisher von den Klagen gesagt war, das sollte besser von den Forderungen und den dinglichen Ansprüchen gesagt werden, dies ist der Kern seiner Anspruchslehre. Was bisher nur bei den *condictiones sine causa* im Forderungsrechte gelehrt wurde, das gehört auch zu der Lehre von den Nebenbestimmungen, insbesondere vom *modus*, dies ist der Kern der „Voraussetzung" Windscheid's. Uebrigens stehen gerade diese selbständigen Schöpfungen an Klarheit hinter Windscheid's berichtenden und kritischen Schriften zurück.

Ueberhaupt ist bekannt, dass gerade der Stil seines weitverbreiteten Lehrbuches unser neueres Juristendeutsch, insbesondere die erste Lesung des Entwurfes unseres bürgerlichen Gesetzbuches, immer mehr und mehr von schlichter Volkstümlichkeit abgedrängt hat. Freilich ging der Entwurf in dieser Richtung noch viel weiter, als es Windscheid gethan hatte. Warum die bereits geschilderte Art seiner Sprachbildung ihn dahin trieb, wurde schon oben erläutert. Dazu traten aber unabwendbare, unbeabsichtigte Einflüsse auf seine Ausdrucksart. Man kritisirt nicht ungestraft tagaus

tagein Schriften, deren Inhalt aus vielfach verworrenen oder unklaren Gemeinplätzen besteht. Dabei muss sich schliesslich eine übernatürliche Athletenkraft des Scharfsinnes entwickeln, deren Träger allmählich jedes Verständnis dafür verliert, was ein unbelehrter Leser oder Hörer im Begreifen und Festhalten allgemeiner Sätze leisten kann. So habe ich mir denn von glaubwürdiger Seite erzählen lassen, dass auch seine Vorlesungen in der Regel mehr für die Fassungskraft von Gelehrten als von Studirenden berechnet waren, und der grosse Zulauf, dessen sie sich trotzdem erfreuten, beweist nur, dass die Leichtverständlichkeit der Lehrvorträge für den Hörer nicht der Güter Höchstes ist, sondern dass dieser in erster Linie darnach fragt, ob er das, was er lernt, in seinem späteren Berufe mit Erfolg werde verwenden können. Dessen war er freilich bei den Lehren des allmächtigen Beherrschers der Praxis bis zuletzt gewiss. Trotzdem würde man Windscheid weit weniger dasselbe Beiwort zusprechen können, mit dem die Heidelberger juristische Facultät Jhering an seinem fünfzigjährigen Jubiläum ehrte, indem sie ihn einen „doctor doctorum" nannte, gewisser Maassen einen Lehrer in zweiter Potenz. Windscheid's Schriften haben nur wenig Nachahmung gefunden; (ich selbst freilich bin stolz darauf, dass der Berliner Censor meiner Doctorarbeit diese als eine Anwendung der Methode Windscheid's bezeichnete, einer Methode, der ich allerdings späterhin durch Jhering's Einflüsse in gewissen Punkten untreu geworden bin).

Zu Neuschöpfungen regte Windscheid's Schaffen nur in wenigen Punkten an, aber überall war es grundlegend zum Ordnen und zum Sammeln. Der Schüler wie der Praktiker verlangen eben vor Allem etwas Festes; hierin decken sich ihre Interessen mit denjenigen der breiten Massen, während die Politiker und die ihnen gleichgesinnten Kreise des Volkes mehr auf einen ihnen erwünschten Inhalt des Rechtes sehen, als auf die feste Form. Darum eben steht das Recht jederzeit unter dem Zwange der Unvollkom-

menheit des Irdischen. Was man bei ihm an Festigkeit gewinnt, verliert man in anderer Hinsicht an seiner Nützlichkeit; was man an dieser letzteren erreicht, büsst man an jener ein, und das strenge Festhalten am Hergebrachten ist ebensowohl eine Gewähr für die Erhaltung des Rechtes, wie ein Hemmschuh für die Verbesserung seines Inhaltes. So kam es denn, dass der nach einer Veredelung des Rechtes unausgesetzt strebende Jhering, trotz seiner packenden Darstellungsgabe, trotz seines zündenden Humors, nur in dem beweglichen Wien die Massen der Hörer durch die Macht seines Geistes zu fesseln wusste, nicht aber im Lande der vorsichtigen Niedersachsen. Hier hatte Justus Möser schon im vorigen Jahrhunderte gelehrt, dass der Formalismus eine Gewähr der Freiheit, die Vernunft aber eine Handlangerin des Despotismus ist. Darum setzte gerade hier eine unbeugsame, festgewurzelte Praxis allen neuerungssüchtigen Zweckgedanken eine eisige Kälte entgegen, und darum fühlten gerade hier die Schüler Jhering's, sofern es ihnen an einer anderweitigen juristischen Durchbildung fehlte, dass sie von dem Meister nicht immer das erhielten, was sie wollten, nämlich feste, unbeugsame Formen, aus denen sie sich einen Gedankenbau zurechtzimmern konnten, sondern vielfach nur gährende Gedankenmassen, die sie nicht festhalten und nicht fortentwickeln konnten, weil ihnen dazu die Kenntnisse fehlten, die sie eben erst suchten. Aber nicht blos der Anfänger, auch der Praktiker verlangt eine vollständige, mit Sorgfalt von Widersprüchen gesäuberte Gesammtdarstellung des Rechtes und eine Anpassung an die üblich gewordene Redeweise von dem, den er als Berater bei seiner Arbeit zuziehen soll. Beides fanden sie minder bei Jhering, als bei Windscheid. So kam es denn, das derjenige von beiden Rechtslehrern, der an neuen wertvollen Gedanken reicher war, hinter dem andern an inländischem Einflusse auf die Jugend und die Praxis weit zurückstand. Wir erkennen hierin die scharfe Scheidung, welche die Jurisprudenz von der Geschichte und der Phi-

lologie, der sie ihre Methoden entlehnt, absondert. Sie dient fortlaufenden Bedürfnissen der Rechtspflege. Sie darf auf keine der Fragen, die der Erledigung harren, mit einem „non liquet" antworten und muss vor allem bestimmte Auskunft geben. Wem dies am Besten gelingt, der wird des grössten Einflusses sicher sein. Aber gerade weil dies der Fall ist, müssen wir es als ein besonderes Glück betrachten, dass keiner der beiden Männer allein den Ausschlag gab, dass ihre beiderseitige Macht nach verschiedenen Richtungen hin drückte und der Fortschritt der Wissenschaft in diesem Parallelogramme der Kräfte sich in der Diagonale fortbewegt hat. Dies gilt für die Redeweise der Juristen, wie für den Inhalt ihrer Ausführungen. Unsere Ausdrucksweise vermag sich wohl niemals ganz zu der Bildersprache Jhering's zu erheben, aber sie strebt doch in höherem Maasse, als es früher geschah, aus der besonderen Redeweise der Juristen, wie sie in Windscheid's Werken den schärfsten Ausdruck fand, hinaus, um sich der Sprache zu nähern, welche allen wissenschaftlich gebildeten Kreisen des Vaterlandes gemeinsam ist, und richtet sich daher nach Jhering's Vorbilde wenigstens bis zu einem gewissen Grade. Die Einteilung des Privatrechts suchen wir nach wie vor in Anlehnung an die strenge Gliederung des von Windscheid verfochtenen Systems zu gewinnen und erachten ihn in der scharfen Prägung der Sätze als Vorbild. Den Inhalt unserer Lehren statten wir aber mehr und mehr nach Jhering's Vorbilde mit den lebendigen Bildern des wirklichen Rechtslebens aus und gewinnen die Lösung aller Zweifel mehr und mehr aus einer Quellenexegese, welche den römischen Juristen nicht eine moderne dialektische Denkweise unterschiebt, sondern die Dinge aus Jhering's teleologischem Gesichtswinkel betrachtet, demselben, der einstmals auch für die Römer, das Mustervolk des praktisch-politischen Denkens, maassgebend war und darum auch vom rein geschichtlichen Standpunkte der richtige ist. „Sie wollen wohl Jhering's Wein in Windscheid's Schläuche

füllen?" sagte mir einmal ein Verehrer des Göttinger Meisters im Hinblicke auf den Inhalt meiner Vorträge. Ich musste dies bejahen und glaube noch jetzt an die Brauchbarkeit der alten Schläuche und die Güte des neuen Weins. Im Hinblicke auf die oben erwähnten Worte, welche am Grabe Jhering's den Einfluss seiner Gedanken auf die Gesetzgebungspläne der Gegenwart priesen, dürfen wir hoffen, dass uns die zweite Lesung des Entwurfes in den Schläuchen des alten in höherem Maasse, als dieser es that, den Feuerwein des geistvollsten Juristen unseres Vaterlandes credenzen wird.

Wir sahen bisher, was beide Männer waren und noch sind, was aber werden sie der Zukunft sein? Wir werden nimmer ihres Gleichen sehen, wie wir bei ihren Lebzeiten ihres Gleichen neben ihnen nicht gesehen haben. Darum sind sie beide unersetzlich, aber vielleicht entbehrlich. Die neue Zeit wird völlig neue Aufgaben erfüllen müssen. Endlich bricht der Tag des für ganz Deutschland aufgezeichneten Rechtes herein. Der Gesetzestext wird an die Stelle der festen Formeln Windscheid's treten; Zweckgedanken im Sinne Jhering's werden in die engen Grenzen seines Wortlautes gebannt sein und daher Jhering's Schriften, welche sich an die älteren Texte anlehnen, nicht mehr unmittelbar entnommen werden können. Sonach scheint es beinahe, als sollte ihr Geist nur in den Formen des Gesetzbuches fortzuleben bestimmt sein. Wer jedoch auf dem Boden der geschichtlichen Schule steht, dem auch beide schliesslich in der Hauptsache nicht untreu geworden sind, der muss ihnen eine schönere Zukunft vorhersagen. Es ist zu hoffen, dass man die Verachtung der Rechtsgeschichte, welche bei der Einführung des preussischen Rechtes sowohl der Rechtspflege als auch der Würdigung des Gesetzbuches Unheil brachte, nicht nochmals sich wird zu Schulden kommen lassen. So wird denn neben der Auslegung der neuen Texte eine Rechtsgeschichtswissenschaft erhalten bleiben. Zunächst wird man freilich in dem neuen Gesetzbuche eine Erlösung von der alten Gelehrsamkeit be-

grüssen, wie das ja auch vielfach gegenüber der Reichscivilprocess-ordnung geschehen ist und geschieht, und es wird vielleicht dieser Missgriff den Vorteil mit sich bringen, dass die Gesetzestexte und die geschichtlichen Urkunden endlich einmal gründlichst aus ihrer gegenseitigen unnatürlichen Verbindung herausgerissen werden. Schliesslich wird man sich aber doch der Einsicht nicht verschliessen, dass auch die Gesetzestexte Erzeugnisse eines Entwickelungsprocesses und als solche darzustellen sind; denn nur auf diesem Wege kann der Zersplitterung gesteuert werden, welche die Auslegung der Texte aus selbstgeschaffenen Begriffen oder Zweckgedanken nach sich ziehen muss. Man wird dann wahrscheinlich den Inhalt der Gesetzesstellen aus seiner Vorgeschichte durch den Lauf der Jahrhunderte zu schildern suchen. Eine Kenntnis des römischen Rechtes aus seinen Quellen wird hierbei als Grundlage dienen müssen, und den Männern, die diesen Wissenszweig bearbeiten werden, wird Jhering's Methodologie nach wie vor die Wege der Auslegungskunst weisen und Jhering's *Geist des römischen Rechts* ein Vorbild jener Geschichtsdarstellung sein, die nicht blos ein Kehrichtfass und eine Rumpelkammer, sondern eine Darstellung fortschreitender Ereignisse abzubilden sucht. Nur in dieser Zusammenfassung der gewaltigen Massen zu Gesammtbildern, nicht aber im Preisgeben des rechtsgeschichtlichen Studiums überhaupt darf die Verkürzung des Lehrstoffes gesucht werden, die der juristische Unterricht im Hinblicke auf die Durchschnittsgrenzen der menschlichen Fassungskraft auf die Dauer nicht wird entbehren können.

Während also Jhering's Geist an der Eingangspforte der Rechtsgeschichte Wacht halten wird, wird Windscheid durch sein Lehrbuch die wichtigste Quelle der letzten Entwickelungsstufe sein, welche dem neuen Gesetzesbuche voranging; denn es ist eine Quintessenz der deutschen Privatrechtswissenschaft unseres Jahrhunderts, nur zum Scheine aus römischen Texten als ihrer einzigen Quelle

hergeleitet, in Wahrheit eine eigenartige, meist unbewusste Verschmelzung römischer und nachrömischer Gedanken. An Windscheid's Werk wird sich zunächst jeder wenden müssen, der aus dem neuen Gesetzbuche in den Schacht der Vergangenheit wird hinabsteigen wollen. Hier wird er besser, als anderswo, die Fühlung mit den älteren Quellen gewinnen können, aus denen die Rechtslehre unserer Zeit und mittelbar das neue Gesetzbuch herausgewachsen ist. Die Arbeit selbst aber, die in solcher Art von späteren Rechtspflegern mit und an den Schriften der beiden geleistet werden wird, wird auf andere Zeiten und darum auf andere Bedürfnisse gerichtet sein, als die ihrige war. Das neue Gesetzbuch muss neue Zweckbestimmungen schaffen, denen man das Werk ihrer Hände wird anpassen müssen. Aber in der neuen Form werden selbst da, wo ihr Name vergessen werden sollte, die Folgen der Windscheid'schen Sorgfalt und des Jhering'schen Gedankenschwunges fortleben. Ihre Werke werden ihnen nachfolgen, solange es noch eine deutsche Rechtswissenschaft giebt.

IS DE WEDERINVOERING EENER WET OP OCTROOIEN VAN UITVINDING IN NEDERLAND WENSCHELIJK?

DOOR

Mr. E. STAR BUSMANN,
Raadsheer in het Gerechtshof te Amsterdam.

I.

Onder de belangrijke voordrachten van Wet, die in het huidige parlementaire tijdvak door onze Vertegenwoordiging zijn aangenomen, behoort voorzeker eene plaats te worden toegekend aan de Wet van 12 December 1892 (*Stbl.* n°. 270) houdende goedkeuring van internationale overeenkomsten tot bescherming van den industriëelen eigendom [1]). Belangrijk toch is die Wet, zoowel om haar onderwerp zelf — de bescherming onzer handelsmerken in het Buitenland [2]) — als om hetgeen bij de behandeling daarvan, èn in de gewisselde stukken èn in het mondeling debat, in de Tweede Kamer der Staten-Generaal is te berde gebracht in betrekking tot het hierboven vermelde vraagstuk der „Octrooien van Uitvinding". Het is uit dit laatste oogpunt, dat ik een en ander thans nader zal aanwijzen [3]).

---

[1]) Het daartoe strekkend wetsontwerp werd aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal aangeboden bij Koninklijke Boodschap van 12 Maart 1892. Men vindt deze, met de Memorie van Toelichting en de verdere schriftelijke stukken, opgenomen in de *Bijlagen* van de Handelingen der Staten-Generaal, 1891/92 (142, 1—2), bl. 1 en volgg.

[2]) Men zie hierbij de Wet van 25 Mei 1880 (*Stbl.* n°. 85) houdende bepalingen op de handels- en fabrieksmerken, gewijzigd bij de Wet van 22 Juli 1885 (*Stbl.* n°. 140).

[3]) Omtrent de bron, waarvan gezegde overeenkomsten het uitvloei-

Blijkens het Voorloopig Verslag van het onderzoek van dit wetsontwerp in de Afdeelingen der Tweede Kamer, vastgesteld door de Commissie van Rapporteurs op 4 Mei 1892 [1]), kwamen in verschillende Afdeelingen, naar aanleiding dezer overeenkomsten, de *octrooien van uitvinding* ter sprake. Immers, de artikelen III en X van het interpretatieve (derde) Protocol maken van *octrooien* gewag. Al meende men nu vrij algemeen, dat, zoolang Nederland geene octrooiwet heeft, deze artikelen als voor ons niet geschreven moeten beschouwd worden en al kon men zich dus niet vereenigen met de zienswijze van enkelen, dat bij goedkeuring dezer overeenkomsten de verplichting op Nederland zou rusten eene octrooiwet in te voeren, wenschte men in elk geval van de Regeering de verzekering te ontvangen, dat door het toetreden tot deze overeenkomsten in geen enkel opzicht inbreuk wordt gemaakt op de vrijheid van wetgeving aangaande deze zaak in de toekomst. Omtrent de *wenschelijkheid* zelve van de *invoering eener Oc-*

---

sel zijn, volsta ik hier met de mededeeling, dat deze is gelegen in de Internationale Conventie van 20 Maart 1883, tot bescherming van den industriëelen eigendom, tusschen verschillende Staten, waaronder Nederland, te Parijs gesloten, en, voorzoover daarin bepalingen voorkomen, welke wettelijke rechten betreffen, goedgekeurd bij de Wet van 23 April 1884 (*Stbl.* n°. 53). Bij deze wet is bedoelde Conventie in afschrift gevoegd, alsmede het daartoe behoorende Protocol de Clôture. Krachtens Kon. Besluit van 2 Augustus 1884, bepalende de plaatsing in het Staatsblad van die Conventie. is deze aldaar onder N°. 189 vertaald opgenomen, met het slotprotocol, alsmede een afzonderlijk protocol, opzichtens Nederland en Zwitserland, naar aanleiding van art. 11 der Conventie. Na koninklijke bekrachtiging dezer protocollen op 22 Februari 1893, is, blijkens de *Staats-Courant* van 22 April j.l., hunne bekendmaking voor Nederland bevolen, door plaatsing van het daartoe strekkend Besluit van 23 Maart 1893, in het *Staatsblad* n°. 55.

Over de portée dezer internationale industriëele Unie zelve, vergelijke men o. a. Dr. A. Simon, *der Patentschutz*, Bern 1891, § 12.

[1]) *Handelingen der Staten-Generaal*, *Bijlagen*, 1891/92 (142—4), bl. 12, § 4.

trooiwet werd verschillend gedacht. De meeste leden, die zich hierover uitlieten, ontwikkelden bezwaren tegen eene octrooiwetgeving, welke zij voor ons land *nadeelig* zouden achten. Daarentegen waren andere leden van oordeel, dat veel voor de *invoering eener Octrooiwet* pleit, ook omdat Nederland, het eenige land in Europa, buiten Turkije, waar eene dergelijke wet niet bestaat (Zwitserland heeft op 29 Juni 1888 eene octrooiwet ingevoerd), bij zijn volkomen isolement op dit punt, gevaar zou loopen zich later van de bescherming zijner fabrieksmerken in het buitenland uitgesloten te zien.

Door vele leden werd prijs gesteld op de mededeeling van het gevoelen der Regeering omtrent deze quaestie, en de wensch te kennen gegeven, dat zij hare voornemens te dien opzichte zou kenbaar maken. Andere leden wenschten bij de behandeling dezer overeenkomsten de vraag, in hoeverre de invoering eener Octrooiwet wenschelijk was, in geenen deele te prejudiciëeren, en zagen in het uitlokken eener verklaring der Regeering op dit punt dan ook geen heil.

In hare Memorie van Beantwoording [1]) gaf de Regeering, naar aanleiding van vorenstaande opmerkingen, te kennen, dat door de goedkeuring van deze overeenkomsten Nederland volstrekt niet de verplichting op zich neemt, eene Octrooiwet in te voeren. De bepalingen der Conventie van 1883, voor zoover zij octrooien betreffen, zullen niet voor Nederland gelden, zoolang hier te lande geene Octrooiwet bestaat. De verlangde verzekering, dat door het toetreden tot deze overeenkomsten in geen enkel opzicht inbreuk wordt gemaakt op de vrijheid van wetgeving aangaande deze zaak in de toekomst, kan derhalve worden gegeven. Evenwel heeft de vorige Regeering de zedelijke verplichting tot het indienen van een desbetreffend wetsontwerp op zich genomen, door de toezegging in

[1]) *Handelingen*, t. a. p., (142—5), bl. 17, § 4.

haar naam door den Nederlandschen afgevaardigde op de Conferentie te Madrid in 1890 gedaan.

Tot het doen van die toezegging bestond alle aanleiding. Immers, reeds op de conferentie te Rome in 1886 gehouden, tot uitlegging en toepassing der Conventie van 1883, was een voorstel van Frankrijk aanhangig om eene additioneele bepaling aan die Conventie toe te voegen, verklarende, dat alle Staten, die deel uitmaken van de Unie, en geen wetten bezitten betreffende alle onderdeelen van den industriëelen eigendom, hunne wetgeving te dien aanzien binnen den kortst mogelijken tijd zouden aanvullen.

Dit voorstel, dat zeer zeker zou zijn aangenomen, vooral omdat in Zwitserland, dat geene octrooiwet bezat, toen zoodanige wet werd voorbereid, werd ter zijde geschoven alleen door de aanneming, in den aanvang der Conferentie, van een voorstel van den Nederlandschen afgevaardigde, om alstoen, nog zoo korten tijd sedert het in werking treden der Conventie, deze in geen enkel opzicht te wijzigen of aan te vullen, doch eerst de practijk over hare werking uitspraak te laten doen. Dientengevolge beperkte die Conferentie hare taak tot het vaststellen van uitvoeringsmaatregelen, zonder eene enkele bindende bepaling aan de Conventie toe te voegen. Het oorspronkelijke voorstel van Frankrijk tot aanvulling der Conventie werd toen vervormd tot een wensch van de Conferentie en als zoodanig aangenomen.

Vandaar dat de afgevaardigde van Nederland te Madrid verplicht was tot eene verontschuldigende verklaring, waarom aan dien wensch door ons land nog geen gevolg was gegeven. Ongetwijfeld zal die wensch bij eene volgende Conferentie worden herhaald, doch dan in niet meer af te weren dringender vorm.

Blijft Nederland in gebreke, aan het in 1886 uitgesproken verlangen te voldoen, dan zal uittreding uit de Unie daarvan waarschijnlijk het noodzakelijk gevolg moeten worden en zullen wij alle bescherming, ook voor de merken elders, missen en de groote voordeelen aan internationale inschrij-

ving verbonden. En der Nederlandsche Regeering, indien zij de Conventie van 1883 zal hebben opgezegd, zal het niet gemakkelijk vallen, met eenigen Staat der Unie een afzonderlijk tractaat betreffende den industriëelen eigendom tot stand te brengen.

De Regeering is mitsdien van meening, dat in 's lands belang eene *regeling betreffende de octrooien* [1]) moeielijk zal zijn te ontwijken. Bij zoodanige regeling zal er intusschen zooveel mogelijk naar gestreefd moeten worden, de *uit den aard der zaak aan zoodanige wet klevende nadeelen tot een minimum terug te brengen* [1]), waardoor de voordeelen des te meer zullen gevoeld worden. De eerlijkheid in den handel zal zeker daardoor gebaat worden, terwijl onze verhouding tot andere Staten er ongetwijfeld bij zal winnen. Nu Nederland, zooals terecht in het Voorloopig Verslag wordt opgemerkt, het eenige beschaafde land in Europa is, waar geene Octrooiwet bestaat, verdient trouwens de vraag ernstig onder de oogen te worden gezien, of de bedenkingen tegen zoodanige wet van de invoering wel mogen terughouden, indien het mogelijk blijkt de practische bezwaren grootendeels te overwinnen. Met het voorbeeld van andere Rijken kan Nederland zijn voordeel doen, en het mag niet worden voorbijgezien, dat in die andere Staten toch ook de nadeelen en moeielijkheden, die eene Octrooiwet kan opleveren, zijn overwogen, maar dáár niet overwegend zijn bevonden.

In de Zitting der Tweede Kamer van 20 October laatstleden, kwam het wetsontwerp in openbare beraadslaging [2]). De Heer Mr. S. van Houten sprak daarbij, aangaande de zaak der octrooien, onder andere het navolgende: „Ik wensch mijn bezwaar tegen deze overeenkomst voornamelijk te ontleenen aan de paragraaf van de Memorie van Antwoord, die handelt over de octrooien. Ik behoor tot hen, die in 1869 con amore de voordracht tot intrekking

---

[1]) Ik cursiveer.
[2]) *Handelingen*, 1892—93, II, bl. 163 vlg.

van de octrooien hebben ondersteund, als leidende deze tot onbillijke bevoorrechting en tot door niets te rechtvaardigen tracasserieën voor de nijverheid. Wij weten allen, dat bijna geen wet zoozeer het object is gebleven van agitatie. Allerlei pogingen zijn aangewend om op de intrekking terug te komen. Men had daarvoor te meer aanleiding, omdat de grootste tegenstander van de Wet tot afschaffing van de Octrooien is geweest de staatsman, die sedert de laatste twintig jaren meer dan iemand invloed op de politieke leiding uitgeoefend heeft. Ik bedoel den Heer Heemskerk Az.

„Op allerlei wijzen heeft men getracht het votum van de Kamer van 1869 uit het oogpunt van recht en billijkheid en uit dat van industriëel belang aan te vallen. Deze zaak heeft voortdurend het onderwerp van discussie uitgemaakt en toch, niettegenstaande wij ook weten dat de strooming van de geesten in andere landen in andere richting is geweest, is hier de oppositie geringer geworden en is elke poging, die nog gedaan is om eene agitatie voor de invoering van eene Octrooiwet in het leven te roepen, geëindigd met een jammerlijk fiasco. Er is geen onderwerp waaromtrent zoozeer de denkbeelden zijn gevestigd geworden. De feiten hebben gaandeweg bewezen dat de Wet van 1869 is geweest eene goede wet.

„Nu heeft eene handige agitatie, die in ons eigen politiek leven geen ingang heeft kunnen vinden, ons langs een omweg gebracht op het punt, waarop inderdaad de mogelijkheid ontstaat, dat wij tegen onze overtuiging, *onder internationale pressie* [1]), toch weder eene wet op de octrooien zullen hebben in te voeren, en onze tegenstanders op het punt zijn een vrij sterk houvast te krijgen.

„De zaak is in de stukken zeer zonderling behandeld. Naar den inhoud te oordeelen wordt slechts een onderwerp geregeld, waaromtrent bij ons geene wet bestaat; wij

[1]) Ik cursiveer.

verbinden ons formeel tot niets. Maar bij de beraadslagingen over de overeenkomsten zijn verklaringen gegeven van de strekking dat wij, toetredende, ook verondersteld worden octrooien wenschelijk te achten. Dit moge een subjectief gevoelen geweest zijn van den toenmaligen Minister van Buitenlandsche Zaken of van zijn vertegenwoordiger ter Conferentie te Madrid, wij zijn daardoor op zich zelf niet gebonden. Toch was het naar veler oordeel wenschelijk, alvorens wij tot de goedkeuring dezer overeenkomsten overgaan, eene verklaring te ontvangen, dat wij ze kunnen aannemen, zonder ons verder te binden.

„Men leest in het V. V.: „„Men wenschte in elk geval van de Regeering de verzekering te ontvangen, dat door het toetreden tot deze overeenkomsten in geen enkel opzicht inbreuk wordt gemaakt op de vrijheid van wetgeving aangaande deze zaak in de toekomst."

„De Regeering antwoordt:

„„De verlangde verzekering..... kan worden gegeven".

„Men zou denken: dat is duidelijk, maar wat er verder volgt, is daarmede niet in overeenstemming.

„Ik zoude de geheele paragraaf moeten voorlezen, om te doen zien hoe men langzamerhand verandert. Wat klaar en duidelijk wit is, gaat over eerst in lichtgrijs, daarna in donkergrijs, tot steeds zwarter nuances, en men eindigt met zwart, waar men met wit begon. De volkomen vrijheid heeft men aan het begin der paragraaf, terwijl men aan haar eind tot de conclusie komt: „De Regeering is mitsdien van meening, dat in 's lands belang eene regeling betreffende de octrooien moeielijk zal zijn te ontwijken."

„In dezen staat van onzekerheid wensch ik mij niet te begeven; ik zie geen ander middel om onze volledige vrijheid van wetgeving te behouden dan door af te zien van de voordeelen dezer overeenkomsten. De rede van den geachten vorigen spreker (Jhr. Mr. van Karnebeek) heeft mij, meer dan ik aanvankelijk dacht, overtuigd, dat die voordeelen zoo al niet problematiek, toch zeer gering

zijn. Wanneer de Regeering meent, dat op de Wet van 1869 moet worden teruggekomen (en de moeilijkheid ligt niet alleen in het te huldigen beginsel, maar vooral ook in de détails en de uitwerking), dan zal ik gaarne het onderwerp met haar opnieuw debatteeren, op de basis van een uitgewerkt voorstel. Een debat in het algemeen heeft in dezen kring geen nut. Wij kunnen alleen vruchtbaar debatteeren met de Regeering, die zoude meenen, dat eene aannemelijke regeling niet alleen kan worden ontworpen, maar ook zoodanige regeling voor ons legt."

In de Kamerzitting van 21 October jongstleden, waar de behandeling van het Wetsontwerp werd voortgezet [1]), voerde de Heer van Houten andermaal het woord over de Octrooien. Naar aanleiding van eene opmerking van den afgevaardigde uit Gouda (den Heer Havelaar) in de vorige zitting, waarbij die Spreker zich reeds thans bereid had verklaard het tegendeel van des Heeren van Houten's stelsel te bepleiten, uitte laatstgenoemde zich onder meer als volgt:

„Ik kom tot het aanbod van den geachten afgevaardigde uit Gouda, om met hem te debatteeren over de al of niet wenschelijkheid van Octrooien en de wederinvoering van eene Octrooiwet hier te lande. Ik ben bijna zeker, dat, wanneer ik eenige stelling uit, ik den geachten afgevaardigde uit Gouda bereid zal vinden om het tegenovergestelde daarvan te betoogen; ik weet dat ik voor hem min of meer een wandelende *syllabus errorum* ben. Bij een dergelijk oordeel heeft men zonder tractaat reciprociteit, maar ik wil die reciprociteit volstrekt niet aanwenden op het technisch gebied, waarop ik den geachten afgevaardigde gaarne als deskundige erken. De octrooi-quaestie is echter *geene technische ingenieurs-quaestie* [2]), maar eene economische en rechtsphilosophische. Waarom wil ik die echter nu niet

---

[1]) *Handelingen*, t. a. p., bl. 173 vlg.
[2]) Ik cursiveer.

debatteeren? Omdat men naar aanleiding van octrooien niet kan debatteeren, zonder een bepaald voorstel daaromtrent voor zich te hebben. De vraag, of men den uitvinder in de gelegenheid zal stellen om eenige remuneratie te krijgen, wordt dikwijls in vergaderingen besproken en beslissend geacht. Dit is eene zeer belangrijke rechtsphilosophische quaestie: welken invloed het geld uitoefent op den geestelijken arbeid; maar dit punt kan ik thans gerust terzijde laten, want de vraag is van eene andere niet af te scheiden, namelijk, of men in de Octrooiwet een *geschikten rechtsvorm* vindt om den uitvinder eene zekere remuneratie te doen erlangen. Dit hangt van de bepalingen der Wet af...... Eene goede Octrooiwet zal ieder wel willen, want het criterium daarvoor is, of de remuneratie van den uitvinder precies in verhouding staat tot de diensten, die hij aan de maatschappij heeft bewezen. Vooreerst echter is die verhouding nooit bewijsbaar; men kan nooit bewijzen, dat bij eene Octrooiwet de paarden, die de haver verdienen, die ook krijgen, en evenmin dat de haver, die aan de rechte paarden door de maatschappij wordt toegedacht, door de onvrijheid van de nijverheid niet te duur wordt gekocht.

„Een debat over deze zaken is derhalve oiseus, tenzij men tegelijk critiek kan uitoefenen over den inhoud van een wetsontwerp en dit aan de aangegeven beginselen kan toetsen.

„Vandaar dat ik nu niet wil terugtreden in eenig debat over de zaak zelve; mijne opinie daaromtrent is onveranderd en de pressie, die men wil doen uitoefenen, maakt mij nog meer afkeerig. Want wat is de strekking van die pressie? Dat de gros bonnets in de industrie, die de verbruikers brandschatten, het onaangenaam vinden, dat er nog een beschaafd land is, waar men eene proef neemt hoe het met de industrie gaat, wanneer er geen octrooi gegeven wordt. Zij wenschen dat voorbeeld van een land zonder Octrooiwetgeving te doen verdwijnen, om daarmede een krachtig argument tegen wenschen in hun eigen land ter zijde te stellen.

„Wil men echter werkelijk eene Octrooiwetgeving ingevoerd zien, dan ben ik gaarne bereid met de voorstanders daarvan opnieuw de quaestie te debatteeren. Sedert 1869 is die quaestie steeds aan de orde geweest en altijd zijn de tegenstanders van Octrooien meester van het terrein gebleven; men heeft daarvoor nooit eenige agitatie met vrucht kunnen op touw zetten, omdat de publieke opinie er steeds afkeerig van was. Nu heeft men de tegenstanders van de Octrooien vergauwd; men heeft de Octrooiwetgeving geïntroduceerd niet langs den weg van nationale overtuiging, maar langs de coulisses der buitenlandsche politiek..... Want uit eene nationale overtuiging komt de beweging voor eene Octrooiwetgeving niet voort, wel door eene pressie van het buitenland."

In aansluiting aan hetgeen dienaangaande in de schriftelijke stukken was gesteld, constateerde de Minister van Buitenlandsche Zaken, zonder verder over de meerdere of mindere waarde, noodzakelijkheid of wenschelijkheid eener Octrooiwet uit te weiden, dat bij aanneming dezer overeenkomsten de Kamer zich volstrekt niet bindt mede te werken tot vaststelling van eene wetgeving op de Octrooien, en voorts, dat als de Regeering bij het bewerken der Octrooiwetgeving mocht ervaren, dat zij aan de ter Conferentie te Madrid in 1890 afgelegde verklaring omtrent eene Octrooiwetgeving onmogelijk kon voldoen, zij dan tot de Conferentie zou moeten komen met de mededeeling, dat zij de gedane verklaring terug moet nemen, maar tevens aan de Unie de beslissing laten, of Nederland daarvan wel deel kan blijven uitmaken.

Behoudens de daarin aangebrachte wijzigingen, werd vervolgens het wetsontwerp, in de zitting der Tweede Kamer van 21 October jongstleden, zonder hoofdelijke stemming, aangenomen.

In den anderen tak der Vertegenwoordiging gaf het Ontwerp, noch in het schriftelijk, noch in het mondeling debat aanleiding tot eenige bemerking. In de zitting der Eerste

Kamer van 10 December laatstleden, werd het zonder hoofdelijke stemming aangenomen [1]).

Overziet men het hierboven medegedeelde, in betrekking tot het onderwerp der *Octrooien van Uitvinding*, dan blijkt daaruit zonneklaar, dat de tegenwoordige Nederlandsche Regeering het voornemen koestert, dit zoo épineuse vraagstuk ernstig onder de oogen te zien en zoo mogelijk tot oplossing te brengen. In welken zin? In verband met hare verklaringen, hiervoren door mij geresumeerd, kan het antwoord wel niet twijfelachtig zijn.

Trouwens de Parijsche Conventie van 1883, *tot bescherming van den industriëelen eigendom*, welke de basis is van de internationale Unie van Staten, waartoe ook Nederland is toegetreden, ademt geheel een geest in diezelfde richting. Haar aanhef luidt: „Le conseil fédéral".... enz. (de andere contracteerende partijen).... „également animés du désir d'assurer, d'un commun accord, une complète et efficace protection à l'industrie et au commerce des nationaux de leurs Etats respectifs, et de contribuer à la garantie *des droits des inventeurs* [2]) et de la loyauté des transactions commerciales, ont résolu de conclure une Convention à cet effet" [3]). En de beteekenis daaran voor ons land treedt in een helder licht door de verklaring, van wege den vertegenwoordiger der Nederlandsche Regeering in 1890 ter Conferentie te Madrid afgelegd: „Je suis toutefois autorisé à déclarer, que mon Gouvernement, animé du désir de donner à cette question une solution pratique, soumettra au pouvoir législatif, à une époque pas trop éloignée, un projet de loi sur les brevets. Alors tout dépendra de l'approbation des Etats-Généraux" [4]).

---

[1]) *Handelingen*, 1892—93, I, bl. 97.

[2]) Ik cursiveer.

[3]) Behalve Nederland, behooren tot de Unie o. a. de navolgende Staten: België, Frankrijk, Italië, Spanje, Portugal, Zwitserland, Engeland, Zweden en Noorwegen, alsmede de Vereenigde Staten van Noord-Amerika. *Niet* toegetreden zijn: Duitschland, Oostenrijk-Hongarije, Rusland en Denemarken.

[4]) *Handelingen*, 2de Kamer, t. a. p., bl. 179.

Ik zal mij geen oordeel aanmatigen over de vraag, of, onder de bestaande omstandigheden, toetreding tot de Unie, voor Nederland was noodzakelijk of wenschelijk en alzoo eene daad van wijs beleid. Hij, die daaromtrent een deskundig gevoelen wenscht te vernemen, raadplege de redevoeringen, in de zittingen der Tweede Kamer van 20 en 21 October jl., door den afgevaardigde uit Rotterdam, Jhr. Mr. van Karnebeek, uitgesproken [1]).

De leek behoeft, mijns inziens, in *dit* onderzoek ook niet te treden; hij behoort zelfstandig, afgescheiden van internationale regeling en verklaringen, de materie der Octrooiwetgeving, zoowel in haar beginsel als in hare toepassing, te overwegen en daarnaar uitsluitend zijn oordeel te vormen.

In dezen zin alsnu overgaande tot de beantwoording der aan het hoofd van dit opstel geplaatste vraag, wensch ik allereerst de aandacht te vestigen op de geschiedenis der Wet van 15 Juni 1869 (*Stbl.* n°. 126) *tot afschaffing van het verleenen van uitsluitende regten op uitvindingen en verbeteringen van voorwerpen van kunst en volksvlijt*, waarvan de considerans luidt: „dat het verleenen van uitsluitende regten op uitvindingen en verbeteringen of eerste invoering van voorwerpen van kunst en volksvlijt noch aan de ware belangen der nijverheid, noch aan het algemeen belang bevorderlijk is."

Zoo ooit, dan mag voorzeker van *deze* Wet worden getuigd, dat zij, van de zijde der Regeering met zorg en talent voorbereid, door de Vertegenwoordiging met ernst en toewijding in beraadslaging is genomen en tot stand gebracht.

April 1893. (*Wordt vervolgd.*)

---

[1]) T. a. p., bl. 163 en 173.

BOEKBESCHOUWINGEN.

Mr. J. C. NABER, Beginselen van Grondboekwetgeving. — Utrecht, J. L. Beijers, 1892. — 160 bl.

Toen ik eenige maanden geleden van de geachte Redactie van dit tijdschrift de vereerende uitnoodiging ontving om het boek, welks titel hierboven afgedrukt is, te dezer plaatse te bespreken, nam ik die terstond en volgaarne aan. Immers, het gold een onderwerp, dat mij veel belang inboezemde, en een geschrift, met welks algemeene strekking ik mij goed kon vereenigen.

Bedenkt men, wat in de laatste jaren over de hervorming van ons zakenrecht ten aanzien van onroerende goederen het licht heeft gezien, dan is er wel eenige grond voor de vrees, dat de publieke opinie, eenzijdig voorgelicht, gevaar loopt op een verkeerden weg geleid te worden. De bezwaren tegen het bij ons (evenals in Frankrijk en België) bestaande stelsel, bezwaren, wier bestaan overigens niemand ontkent, worden breed uitgemeten, en als geneesmiddel aanbevolen de onveranderde overneming van een stelsel, dat, in Australië geldend, gezegd wordt alle moeilijkheden zegevierend te hebben opgelost. Eene poging om onder die omstandigheden beide stelsels te onderwerpen aan eene onpartijdige critiek en onzen wetgever te waarschuwen tegen overijlde stappen, droeg mijne volle sympathie weg.

Nadat ik mijne belofte echter gegeven had, noodigde het Bestuur der Juristenvereeniging mij uit, over hetzelfde onderwerp een praeadvies te schrijven. Hierdoor verviel de mogelijkheid om in dit tijdschrift het onderwerp zelf in bijzonderheden te bespreken, en stond ik voor de vraag, of ik verzoeken zou van mijne belofte ontslagen te worden, dan wel mij bepalen tot eene korte aankondiging van het werk van den heer Naber. In overleg met de Redactie besloot ik tot het laatste, en zag daarin te minder bezwaar om de twee volgende redenen.

Vooreerst heeft de heer Boer het geschrift van den heer Naber reeds in dit tijdschrift besproken, en zijn gevoelen, de overneming van het Australische Torrens-stelsel, tegen de aan-

merkingen van dezen hoogleeraar verdedigd. Dit opstel kon eene meer uitvoerige aankondiging voor de lezers van dit tijdschrift in zoover vervangen, dat de denkbeelden van den heer Naber (zij het ook in anderen geest dan door mij geschied zou zijn) hier nu reeds behandeld zijn.

En in de tweede plaats merk ik op, dat het boek van prof. Naber kort is en in aangenamen vorm geschreven. Voor niemand, die belang stelt in het onderwerp, kan er eenig bezwaar zijn om daarmede zelf kennis te maken. Is er een lezer van deze aankondiging, die daartoe mijne aansporing behoeft, dan geef ik hem die gaarne en van harte.

Na dit op den voorgrond gesteld te hebben, volge hier een vluchtig overzicht van het werk.

In zijn *eerste* Hoofdstuk (eene korte Inleiding gaat vooraf) begint de Schrijver met de aandacht te vestigen op het onderscheid tusschen materiëel en grondboek-recht. Van het oogenblik af, dat aan het grondboek invloed op den rechtstoestand wordt toegekend, ontstaat de mogelijkheid van tweeërlei recht: eenerzijds het recht, dat het grondboek *behoorde te* constateeren, anderzijds het recht, dat door het grondboek *wordt* gewaarborgd. Hoe grooter kracht aan het grondboek wordt toegekend, des te uitgebreider wordt de mogelijkheid van zoodanige conflicten. Alleen wanneer de inschrijving een volkomen onaantastbaren titel opleverde, zouden deze vermeden worden, omdat dan het materiëele recht geheel zou zijn op zij gezet; maar zulk eene onaantastbaarheid bestaat nergens, en zou met den eisch van rechtvaardigheid dan ook in algeheele tegenspraak zijn.

Het *tweede* Hoofdstuk ontwikkelt de theorie van het positieve grondboekrecht in zes paragraphen, handelende over 1. den omvang van den waarborg; 2. het object van den waarborg; 3. de eerste inschrijving en wijzigingen; 4. den datum van het zakelijk recht; 5. grondboekblad en certificaat; 6. mobilisatie.

Met genoegen wijs ik er hierbij op, dat de heer Naber de beide vormen, waaronder het positieve stelsel tot nu toe werd uitgewerkt, de Duitsche en de Australische regeling, onder ééne rubriek behandelt. Ik denk er niet aan, de verdiensten van Torrens te willen verkleinen, en bewonder de energie, waarmede hij zijn denkbeeld heeft doorgezet; terwijl ik gaarne erken, dat hij aan zijn vaderland, eene opkomende kolonie, waarvoor de invoering van het duistere en verwarde Engelsche recht eene groote ramp zou zijn geweest, gewichtige diensten bewezen heeft. Maar men stelt zich de zaak toch verkeerd voor, indien

men daarom van een Torrens-stelsel spreekt, hetwelk en bloc zou moeten worden aangenomen of verworpen. Verschil in beginsel is er tusschen de Duitsche en de Australische regeling niet; en mocht men er eenmaal bij ons toe overgaan, dat beginsel in de plaats te stellen van hetgeen tot nu toe gold, dan zoude men bij elke Australische eigenaardigheid de vraag moeten beantwoorden, of die voor onzen rechtstoestand geschikt en aanbevelenswaardig is. De vraag kan niet zijn: zullen wij ons negatief stelsel verruilen voor de Duitsche of Australische regeling; maar: zullen wij het door een positief stelsel vervangen?

In het *derde* Hoofdstuk geeft de heer N. eene critiek van het positieve grondboekrecht. Reeds in het vorige kwamen enkele ondergeschikte punten ter sprake, maar hier wordt als hoofdbezwaar, waarom hij zich nimmer met de invoering van een positief stelsel zou kunnen vereenigen, gewezen op de verificatie der stukken, die noodwendig aan elke inboeking vooraf moet gaan. Als waarborg tegen kwade titels nagenoeg waardeloos, is zij volgens hem de dood van het vrije verkeer. Men zoude zelfs kunnen zeggen: zij is de dood van alle verkeer; want weigert de verificateur (wat zijn plicht is) iedere inschrijving, omtrent wier rechtmatigheid hij niet volstrekt zeker is, dan kan geen titel worden ingeschreven, zekerheid, dat de titel goed is, bestaat nooit. Het positieve grondboekrecht heft de verkeersvrijheid geheel op, tenzij de administratie goedvindt zich te effaceeren, wat weder in strijd is met het oogmerk der verificatie.

Bij mij bestaat hetzelfde bezwaar, al zou ik het eenigszins anders inkleeden. Minder de belemmering van het verkeer op zich zelve, dan wel de omstandigheid dat die belemmering wordt aangedaan door een administratief ambtenaar, die oordeelt zonder dat alle partijen de gelegenheid gehad hebben hunne belangen voor te dragen, zou mijne grieve zijn. Ondertusschen, in hoofdzaak komt ons beider bezwaar op hetzelfde neder, en met den S. zou ik geneigd zijn uit te roepen: moge prof. Gratama van den Hollandschen vrijheidszin geene te goede gedachte gehad hebben, waar hij tot de conclusie komt: «dat stelsel is dus voor ons niet het stelsel der toekomst».

Het *vierde* Hoofdstuk behandelt de voorloopige inschrijvingen, die op meer beperkte schaal in Duitschland, op ruimere schaal in Australië worden toegelaten, om hen, die naar materiëel recht eigenaars zouden zijn, althans ten deele te waarborgen tegen de spoliatie, die van eene te strenge toepassing van het positieve stelsel het gevolg zou kunnen zijn. Zij hebben de bevoegdheid,

ook vóór dat zij eene wijziging van de inboeking hebben verkregen, eene aanteekening te doen opnemen, waardoor derden althans gewaarschuwd worden dat er iemand is, die tegen de juistheid der inschrijving opkomt. De wijze, waarop de zaak geregeld is, laat ik hier onbesproken, maar juist acht ik de opmerking des Schrijvers, dat van het oogenblik af, dat de voorloopige inschrijving heeft plaats gehad, het positieve stelsel in beginsel is prijsgegeven. Zoolang de tegenstrijdige inschrijvingen in het grondboek stand houden, is de waarborg, dien dat boek belooft, vernietigd. Niet meer den éénen eigenaar, wien men gerustelijk zijn geld in ruil voor zijn goed of onder verband daarvan kan geven, — twee of meer eigendomspretendenten doet van stonde af aan het register kennen.

Na in den aanvang van het *vijfde* Hoofdstuk eene korte bestrijding gegeven te hebben van het stelsel, hetwelk de heer Naber dat der bloote verificatie noemt, en waarop ik aan het slot dezer aankondiging terug kom, behandelt hij daarin verder het negatieve grondboekrecht, en in het *zesde* Hoofdstuk de verjaring; terwijl het *zevende* gewijd is aan de critiek van het negatieve grondboekrecht.

In korte woorden komt de grief van den heer Naber tegen het negatieve grondboekrecht hierop neer, dat ook dit niet geheel vrij is van de bezwaren, die tegen het positieve plegen te worden aangevoerd. Immers ook daar kan geene overdracht zonder medewerking der administratie worden voltrokken, want weigert zij de inschrijving, dan blijft de vorige eigenaar in de gelegenheid, op andere wijze over het goed te beschikken. Nu kan in sommige gevallen de rechter partijen te hulp komen, maar alleen wanneer de administratie positief van ongelijk overtuigd wordt; hoe moeilijk het meestal zal zijn zulk een bewijs te leveren, behoeft geen betoog.

Voor den Schrijver, die op dezen grond het positieve grondboekrecht verwierp, ligt hierin oorzaak genoeg om ook het negatieve te verwerpen. Het is in beginsel onvereenigbaar met de vrijheid van verkeer. Werpt men echter het negatieve grondboekrecht overboord, dan rijst voor hem de vraag: waar belanden wij? En zijn antwoord luidt: wij belanden weder bij ons uitgangspunt, het stelsel der eenvoudige openbaarheid. Geene akte hebbe zakelijke werking, tenzij ter inschrijving aangeboden; doch die werking knoope zich aan de inlevering, niet aan de boeking.

Omtrent deze oplossing, door den heer Naber gegeven, wensch ik een drietal opmerkingen te maken.

In de eerste plaats dunkt mij, dat zijn stelsel principiëel niet afwijkt van andere regelingen, op het negatieve stelsel berustend. Geene akte heeft werking tegen derden, tenzij voldaan is aan eene door den wetgever te regelen openbaarmaking; hoe die geschieden zal, is eene vraag van meerdere of mindere doelmatigheid. Zoo min dus als wij van een zelfstandig Torrens-stelsel spreken, in tegenstelling van het Duitsche stelsel, kunnen wij in het stelsel der openbaarheid iets anders zien dan eene der onderscheidene mogelijke toepassingen van het negatieve stelsel. De critiek van den heer Naber had dus gericht moeten zijn tegen de in ons hedendaagsch recht gegeven toepassing van dat stelsel, niet tegen dat stelsel in het algemeen.

In de tweede plaats betwijfel ik, of de door den heer N. aanbevolen verandering eene verbetering zoude zijn. Begrijp ik hem wel, dan zal de zakelijke werking niet afhangen van het feit, dat de ambtenaar de akte ingeschreven heeft, maar van het feit dat partijen haar ter inschrijving hebben aangeboden. Maar hoe zal dit feit blijken? Is daartoe noodig, dat de ambtenaar het in een register aanteekent, dan heeft men juist het negatieve stelsel, zooals het nu bij ons geldt; en is het genoeg, dat hij een reçu afgeeft, dan blijft er van de geheele openbaarheid niets over. Bovendien raakt men in geene der beide onderstellingen van de medewerking des ambtenaars verlost; of zou het de bedoeling zijn, dat men het feit der inlevering zelfstandig, bv. door getuigen, zou kunnen bewijzen? Dit zou ik wel de ongelukkigste regeling van alle achten. Veel beter worden alle belangen behartigd, als men vasthoudt aan het vereischte der inschrijving, maar haar laat terugwerken tot op den dag (of het oogenblik?) der inlevering.

Eindelijk houde de heer N. mij hier eene vraag ten goede. Nadat hij in het door mij aangekondigde werk tot boven omschreven resultaat gekomen was, heeft hij enkele maanden later eene redevoering uitgesproken, waarin hij het zoogenaamde mobilisatie-stelsel, hetwelk vroeger door prof. Gratama verdedigd was, aanbeveelt. Aan elken eigenaar zullen eigendomsbewijzen worden uitgereikt, op naam of liever aan order of toonder gesteld; als eigenaar zal dan verder gelden hij, die in het bezit is van zoodanig certificaat, hetzij met eene akte van overdracht, hetzij met een endossement, hetzij (in de laatste onderstelling) zonder verder legitimatie-papier. In het boek komt omtrent zoodanig mobilisatiestelsel weinig of niets voor; alleen vond ik de opmerking, dat, indien men zoodanig stelsel wilde, het alleen

mogelijk zou zijn, wanneer men tevens het (door den Schrijver ernstig bestreden) positieve stelsel aannam.

Hoe een en ander te rijmen is, vat ik niet. Is de heer Naber in de weinige maanden, verloopen tusschen het schrijven van zijn boek en het uitspreken zijner redevoering, geheel van meening veranderd, dan is de zaak in zoover duidelijk, en zal ik de laatste zijn, hem het recht daartoe te betwisten. Maar is het anders, dan zou ik willen vragen, hoe hij de verdediging van een negatief stelsel van volstrekte openbaarheid in overeenstemming kan brengen met de aanbeveling van een positief stelsel van mobilisatie, hetwelk (om van andere bezwaren te zwijgen) alle denkbeeld van openbaarheid van den eigendom te eenenmale uitsluit?

In de *laatste vier* Hoofdstukken van het werk des heeren N. worden eenige punten behandeld, die met de boekhouding in het algemeen in verband staan, zonder dat de keuze tusschen positief of negatief stelsel daarop van overwegenden invloed behoeft te zijn. Zij zijn: 1. boekhouding op goederen of boekhouding op namen; 2. doorhaling, vernieuwing en actio resolutoria; 3. attributie; 4. grondboekrecht en rechtsvordering.

Om niet te uitvoerig te worden, zal ik over deze punten verder zwijgen, en ten slotte nog een enkel woord zeggen over iets, wat ik zou kunnen noemen een persoonlijk feit.

In den aanvang van het vijfde Hoofdstuk worden een paar bladzijden gewijd aan iets, wat de Schrijver noemt eene tusschenstelling: t. w. het stelsel van bloote verificatie, dat in enkele Duitsche landen bestaat, en bij ons te lande «tot op zekere hoogte een verdediger gevonden heeft in den persoon van Mr. P. R. Feith». Zulk een middelweg verdient naar zijne meening geene aanbeveling. Wel stelt verificatie, ook al heeft zij geen positief rechtsgevolg, in staat, ongegronde aanspraken terug te wijzen; maar daar tegenover staat, dat zij de boeking ook van gegronde aanspraken hetzij belemmert hetzij verhindert, en dus op het verkeer geheel denzelfden druk uitoefent als de heerschappij van een positief grondboekrecht.

Alleen te staan in eene meening kan soms eene eer zijn, onder andere omstandigheden het tegendeel; maar nu moet ik toch verklaren, dat ik niet verdiend heb *cet excès d'honneur ni cette indignité*. Ik heb nog eens nagelezen, wat ik in de *Gids* van 1869 over dit onderwerp geschreven heb, en kan niet inzien, dat ik den ambtenaar iets meer heb willen opdragen dan de heer N. zelf in zijn tiende Hoofdstuk wenschelijk acht; eerder iets

minder. De heer N. verlangt, dat de administratie eene schifting make tusschen de bruikbare en de onbruikbare documenten, omdat de vermenging van beide ten gevolge heeft, dat het grondboek minder licht verspreidt dan het anders zou kunnen geven. Zulk eene schifting nu, zonder bepaalde regels, waaraan de ambtenaar gebonden zou zijn, komt mij gevaarlijk voor; maar, wat ik bedoelde en uitdrukkelijk meen gezegd te hebben, is, dat hetzij bij de wet, hetzij bij koninklijk besluit, de uitwendige vereischten worden opgegeven, waaraan eene akte voldoen moet, om door den ambtenaar aangenomen te worden. Welke die vereischten zouden zijn, laat ik hier in het midden; enkel als voorbeeld mijner bedoeling wijs ik er op, dat reeds nu ten aanzien van hypotheken onze wet verwijzing naar de kadastrale indeeling vordert, en opgeeft, welke punten in het borderel moeten voorkomen. Zoo zou men den authentieken vorm kunnen verlangen, en ook andere eischen stellen, maar in allen gevalle uitwendige vereischten, wier ontbreken door den hypotheekbewaarder gemakkelijk kan worden beoordeeld, en in geval van verschil door den rechter, na een summier onderzoek, uitgemaakt. De heer N. wil den hypotheekbewaarder zeker geene mindere bevoegdheid toekennen; op dit punt bestaat dus tusschen ons geen principiëel verschil.

P. R. Feith.

Beknopte Handleiding tot het Wetboek van Strafvordering, door Mr. D. Simons, Advocaat te Amsterdam. — Tweede Druk. Nieuw bewerkt. — Haarlem, De Erven F. Bohn, 1892.

Gaarne voldoe ik aan het verzoek van de Redactie, om het hierboven genoemde werk in dit Tijdschrift kortelijk aan te kondigen: gaarne, omdat ik er met genoegen kennis van nam en het werk waard is, aangekondigd te worden.

In het einde van het vorige jaar is deze tweede, geheel omgewerkte editie in het licht verschenen. De eerste uitgave kwam uit, juist op het oogenblik, waarop, met het nieuwe Wetboek van Strafrecht, het gewijzigde Wetboek van Strafvordering werd ingevoerd. Uit den aard der zaak was toen meer in het bijzonder de taak van den Schrijver, eene vergelijking te maken tusschen het gewijzigde Wetboek en het oude, en vooral de veranderingen in het licht te stellen. Eene titelsgewijze behandeling, het

Wetboek op den voet volgende, was toen dan ook op hare plaats.

De wijze, waarop toen «het minst uitstekende onzer wetboeken» herzien is, komt, bij het lezen dezer tweede uitgave der Handleiding, ons weder voor den geest.

De invoering van het nieuwe, nationale Wetboek van Strafrecht was hoofdzaak en terecht; de wijziging der Wet op de Rechterlijke Organisatie en het Beleid der Justitie en de wijziging van het Wetboek van Strafvordering waren bijzaak: te veel bijzaak wellicht.

Had men zich toen bepaald tot de veranderingen, alleen noodig voor de invoering van het Wetboek van Strafrecht, het ware misschien beter geweest. Nu men zich daaraan niet hield en ook «buiten het kader» trad, was het moeielijk, zich eene juiste grens af te bakenen en het gewijzigde Wetboek van Strafvordering draagt van die moeielijkheid onmiskenbaar de sporen. Bovendien, het grootste bezwaar tegen deze wijze van wijzigen, zooals zij werd toegepast in de jaren 1882 tot 1886, is wel dit, dat zij het gevolg zal hebben, door Schr. in zijne Voorrede met eene verzuchting aangegeven, dat deze eeuw de taak van eene geheele herziening van ons formeele strafrecht wel aan hare opvolgster zal moeten overlaten. Zoo ik mij niet bedrieg, dan verloopt zelfs een goed deel van de twintigste eeuw, voordat wij of onze opvolgers ons zullen verheugen in eene geheele en volledige verbetering van ons strafproces. Wie, die dit niet betreurt?

Thans, bij het bewerken dezer tweede uitgave, nu wij reeds eenige jaren het gewijzigde Wetboek beproefd hebben, wachtte den Schr. eene andere taak. Eene meer methodische behandeling kon nu hare plaats vinden, terwijl ook de reeds bestaande jurisprudentie niet achterwege kon blijven.

In vier Afdeelingen (I. Van de rechterlijke macht; II. Van het openbaar ministerie en de met de opsporing der strafbare feiten belaste ambtenaren; III. Van den beklaagde en zijne verdediging; IV. Het strafproces) vinden wij eene uiteenzetting van den inhoud van het Wetboek, nadat in de Inleiding de geschiedenis daarvan en zijne hoofdbeginselen zeer kort worden behandeld. Volgens den Schr. is het werk bestemd «om eene handleiding te «zijn bij de studie van de wet en kan het misschien ook aan «de practijk nog wel eenigen dienst bewijzen».

Aan het eerste voldoet het zonder twijfel, en, ben ik wel ingelicht, dan wordt het aan onze Universiteiten met vrucht gebruikt. Het boekje is daarvoor dan ook m. i. alleszins aanbeve-

lenswaard. Dat het ook aan de practijk eenigen dienst kan bewijzen, hiervan geloof ik aan den Schr. de verzekering te mogen geven. De aangename vorm, waarin de Heer S. ons hier werkelijk eene *Handleiding* biedt, zal zeker ten gevolge hebben, dat ook de mannen van de practijk het boek ter hand nemen. Menige goede wenk voor magistratuur en balie ligt in het werkje opgesloten.

In de eerste plaats zal het met nut gebruikt en geraadpleegd kunnen worden door de seniores onder de rechterlijke ambtenaren en de leden der balie, die een goed deel hunner afgelegde loopbaan doorbrachten in gezelschap van den Code Pénal en het Oude Wetboek van Strafvordering en zich eo ipso in die Wetboeken thuis gevoelden.

Om voor hen het gebruik echter nog meer vruchtdragend te doen zijn, zou ik — en dit is de eenige ernstige bedenking, die ik in het midden wensch te brengen — meer plaats gegund hebben aan de critiek. Waar een zoo uitnemend criminalist, als de Heer S. herhaaldelijk toonde te zijn, aan het woord is, daar mocht met volle recht van hem verwacht worden, dat hij eigen denkbeelden meer op den voorgrond zou doen treden en zich niet bepalen zou tot eene objectieve beschouwing en uiteenzetting, zoowel van de wetsbepalingen zelve als van anderer meeningen. Zoo wordt de wijze, waarop de herziening van het Wetboek tot stand kwam, als het ware met stilzwijgen voorbijgegaan. Zoo ook missen wij het oordeel van den Schr. omtrent menige zaak, waarover wij dat oordeel gaarne zouden hebben vernomen.

Wel vinden wij nu en dan, en dan nog terloops, dat oordeel uitgedrukt en gemotiveerd: zoo op bl. 67 vlg., waar de voorschriften omtrent het bewijs in het strafproces worden besproken.

Wel vinden wij hier en daar een enkel onderwerp met bijzondere voorliefde behandeld: het gebrek aan verdediging van den gedetineerden beklaagde gedurende de instructie, het geheim van die instructie, de vergelijking van het Engelsche kruisverhoor met het tegenovergestelde stelsel in ons herziene Wetboek gehandhaafd, de regeling van de toevoeging van verdedigers (dit zelfs met zeker sarcasme op bl. 149), het verschil van de rechten van verdediging in het vooronderzoek en tijdens de behandeling der zaak op de openbare terechtzitting, de preventieve hechtenis, de plaats van het openbaar ministerie in het cassatieproces.

Maar, gelijk gezegd, een weinig meer critiek van des Schr.'s welversneden pen had de waarde van het werk verhoogd.

Wat de S. bedoelt met hetgeen op bl. 51 voorkomt: «In de «praktijk lijdt het beginsel» (n.l. dat de rechter zijn vonnis slechts mag doen rusten op de mondelinge, in zijne tegenwoordigheid afgelegde verklaringen van beklaagden, getuigen en deskundigen) «nog meerdere beperking door de groote waarde, die bij het «openbaar onderzoek aan de verklaringen, in de instructie af- «gelegd, wordt gehecht, waardoor dikwerf eene vrije ontwikkeling «van het onderzoek ter terechtzitting wordt belemmerd;» is eene vraag, waarvan ik vruchteloos de beantwoording zoek. Toch schijnt Schr. volkomen daarvan overtuigd. Immers op bl. 128 vinden wij met andere woorden hetzelfde herhaald. Mij is van het hier uitgesproken vermoeden, dat zelfs als zekerheid door Schr. wordt voorgesteld, niets bekend.

Evenmin is mij duidelijk, om welke reden nog telkens in het werk de «Rechter van Instructie» wordt genoemd. Die titel toch, elders nog gebruikelijk, is hier te lande sinds meer dan eene halve eeuw afgeschaft.

De aanhaling der Wet van 21 Juli 1890 (*Stbl.* N°. 127) op bl. 230 komt mij voor in dit verband minder juist te zijn. Reeds de titel dezer wet is met de hier gegevene voorstelling in strijd.

Ten slotte houde de Schr. mij twee kleine opmerkingen ten goede.

Ten eerste: een weinig meer zorg had aan de correctie mogen worden besteed. Bij de eerste uitgave was er periculum in mora en dit was toen eene verzachtende omstandigheid. Thans was deze zeker niet aanwezig.

Ten andere beveel ik met alle bescheidenheid aan den Schr. aan, bij eene derde uitgave, die zonder twijfel eenmaal zal noodig zijn, wat minder karig te zijn met zijne leesteekens. Den lezer zou de lectuur van het werkje van Mr. S. daardoor nog aangenamer worden.

Rotterdam, Februari 1893. C. H. B. Boot.

De Fransche wet tot bescherming van verwaarloosde en mishandelde kinderen. — Academisch proefschrift van F. Coenen Jr. — Amsterdam, 1892.

Eene belangrijke en aantrekkelijke eerste proeve van schrijven over een juridisch onderwerp — ziedaar mijn totaal-indruk

van deze dissertatie. Met eene gelukkige keuze van stof gaat eene gelukkige wijze van bewerking samen.

De zeer aanmerkelijke en zeer bedenkelijke criminaliteit der jeugdigen maakt de repressieve en preventieve maatregelen tegen en ten behoeve dezer ongelukkige «toekomstige» misdadigers elders en — niet het minst — ten onzent tot onderwerpen van groot gewicht en, in verband met maatschappelijke feiten en toestanden, van groote actualiteit. Voor een dezer preventieve maatregelen, de bescherming van verwaarloosde en mishandelde kinderen, wordt in dit werkje direct en indirect een warm en welsprekend pleidooi gehouden, waarbij de conventioneele hinderpaal, de onschendbaarheid der ouderlijke macht, op practische en theoretische gronden, met argumenta ad hominem zoowel als ad rem krachtig wordt bestreden.

Toont de Schrijver bij het ontwikkelen van zijne denkbeelden daaromtrent geenszins «omringd te zitten door de steile muren der uniforme begrippen van vroegere geslachten» [1], nog minder is zulks het geval bij het uitdrukken van zijne gedachten, waartoe hij de taal met zeldzame gemakkelijkheid en groote losheid weet te hanteeren. Hier rijst echter de vraag, of hij niet een enkele maal tot eene ongegeneerdheid overslaat, die aan den ernst van zijn onderwerp en aan de waardigheid van zijn werk afbreuk doet. Zoo geeft op bl. 130: «evenwel lijkt mij dit heel en al kool» een gevoelen van den Schrijver weer, wordt op bl. 126 in eene interpretatie van de gevoelens van den Raad van State «jawel, ga je gang maar» ingelascht, en op bl. 62 een verleden door «sedert al heel lang, sedert Papa Brutus kan men zeggen» omschreven [2].

Naar den inhoud bestaat de dissertatie uit twee zelfstandige, maar vooral door de strekking samenhangende gedeelten, waarvan het eene, dat de eerste 143 bladzijden beslaat, den titel tot zijn recht doet komen. De bewuste Fransche wet van 24 Juli 1889 [3]) wordt daarin op uitvoerige wijze behandeld in een drietal hoofdstukken. Het eerste hoofdstuk geeft een vlug, algemeen overzicht van den oorsprong der wet en de doorloopen commissoriale en parlementaire phasen, eene lijdensgeschiedenis,

---

1) Cf. bl. 1 der dissertatie.

2) Verg. voorts bl. 16, 34, 51, 56, 58, 153.

3) Een overzicht dezer wet komt voor in *Rechtsgeleerd Magazijn*, 1890, bl. 162 vlg.

waarvan in de twee volgende hoofdstukken nog menige merkwaardige bijzonderheid omtrent ijdel pogen en oppervlakkig doordrijven, gewilde maar niet verkregen, en bereikte maar niet bedoelde resultaten staat opgeteekend. De in het begin van dit hoofdstuk neergeschreven uitspraak (bl. 1), opgevat in den absoluten zin, waarin zij mij schijnt bedoeld, omtrent den tijd van aanvang van de staatszorg voor kinderen, acht ik minder juist. Immers reeds van een paar eeuwen geleden dagteekent die staatszorg, al was ze dan ook uiterst onvolledig en gebrekkig, wat zij trouwens in nagenoeg alle landen thans nog evenzeer is. Zoo vertoonden zich reeds in de 16e en 17e eeuwen sporen van staatszorg, de eerste sporen, en dat wel in Nederland [1]).

Het tweede hoofdstuk geeft op bl. 13—26 eene algemeene bespreking van de wet, waarvan een duidelijk maar niet diepgaand betoog over de kracht der aloude *patria potestas* een aanzienlijk deel, bl. 16—22, beslaat, en waarbij voorts op het eigenaardige verband van de wet met den Code Pénal met zekeren nadruk wordt gewezen. De rest van het tweede hoofdstuk, bl. 26—119, en het derde hoofdstuk, bl. 120—143, zijn gewijd aan eene zeer uitvoerige bespreking van de wording en vooral van de beteekenis der afzonderlijke artikelen der wet. Deze is verdeeld in twee titels, waarvan de eerste in hoofdstuk II wordt behandeld. De eerste titel is weer onderverdeeld in drie chapiters, waarvan het eerste, artt. 1—9, het verval van de ouderlijke macht, hetzij van rechtswege, hetzij facultatief behelst; het tweede, artt. 10—14, de voorziening in de voogdij na vervallenverklaring der ouderlijke macht, en het derde, artt. 15—16, het herstel van de ouderlijke macht bevat. Over den tweeden titel «van de bescherming der minderjarigen, wien met of zonder medewerking der ouders een onderkomen is verschaft», artt. 17—26, die bovendien nog een algemeen artikel 27 omtrent de toepasselijkheid der wet bevat, handelt hoofdstuk III.

De Schrijver heeft dit gedeelte van zijne taak, de artikelsgewijze behandeling der wet aan de hand der officiëele bescheiden, inderdaad met bijzondere zorg en nauwgezetheid vervuld, zooals hij recht gemoedelijk op bl. 140 dan ook zelf verzekert.

---

[1]) Verg. *Handbuch des Gefängnisswesens*, van v. Holtzendorff en v. Jagemann, deel II; *Cyclopaedia of Education*, van Middle en Schem, bl. 724 vlg.; Jac. Koning, *Lijfstraffelijke Regtspleging te Amsterdam*, *voornamelijk in de 16e eeuw*; J Wagenaar, *Beschrijving van Amsterdam*, stuk 1 en 2.

Doorgaans vaardig anatoom, meermalen scherpzinnig opmerker, voortdurend goed stylist, weet hij hoofd- en bijzaken te scheiden, op voorname en ondergeschikte punten den vereischten nadruk te leggen, ook de onderdeelen in het licht te stellen en op deugden en gebreken der wet te wijzen, en dit in den onderhoudenden trant eener causerie, een enkele maal afgewisseld door eene tirade of apostrophe [1]) of door een botvieren aan goede of kwade luim. In anderen stijl bewerkt, ware allicht eene dergelijke uitvoerige behandeling der wetsartikelen in hunne wording, opgediept uit de betrekkelijke stukken, niet te genieten. Thans kan hij, die zich de inspanning getroost deze hoofdstukken door te werken — eene vluchtige lezing heeft geen nut en is ook niet wel doenlijk — aan het slot nog het bekende: «Der Weg «ist mühsam — aber lohnend» [2]) uitroepen. Hier en daar had de lezing kunnen worden vergemakkelijkt door in den tekst genoemde wetsartikelen in eene noot in extenso af te drukken, ook al waren zij wellicht reeds eerder weergegeven.

Het min belangrijke tweede gedeelte der dissertatie, bl. 144—187, draagt den titel: «Kinderbescherming en Criminaliteit». Het bevat vooreerst eenige wel lezenswaardige, maar toch slechts vluchtige en oppervlakkige beschouwingen over deze onderwerpen, meer gevoeld dan diep doordacht, en die wellicht meer geschikt zijn om sympathie voor den Schrijver dan ernstigen ijver voor de zaak der kinderbescherming op te wekken. Het behelst voorts een zeer beknopt verslag van hetgeen in verschillende landen — Engeland, Amerika, Duitschland, Frankrijk — in deze richting reeds is gedaan. Eene, zij het dan ook korte vermelding van de belangrijke pogingen in de laatste jaren in België in het werk gesteld, en van het uiterst interessante, recente ontwerp in Noorwegen wordt hier ongaarne gemist. Dit gemis wordt echter verklaard door 's Schrijvers uitspraak op bl. 157: «al mijn wijsheid heb ik ook hier uit het 3e deel van het Rapport bij het Senaats-ontwerp van 1883», welk rapport natuurlijk zeer anterieur is.

Wanneer eenmaal ten onzent de toestand der verwaarloosde kinderen aan de orde komt en tot wettelijke voorziening wordt overgegaan, kan 's Schrijvers verdienstelijke arbeid van groot nut zijn. De daarin bij de behandeling der Fransche wet direct en indirect uitgeoefende critiek kan er veel toe bijdragen, dat

---

1) Zie o. a. bl. 37, 48, 62—64.

2) Baedeker, passim.

het beoogde doel langs minder omslachtigen weg juister en vollediger worde bereikt. Die reeds thans dringend noodige voorziening, welke niet alleen eene zaak van het verstand, maar ook van het hart is — dat de Schrijver dit blijkbaar ten volle heeft gevoeld, is niet zijn geringste verdienste — kan echter nog lang op zich laten wachten, al duurt het dan ook geen honderd of geen vijftig jaar, zooals de Schrijver schijnt te vreezen [1]). Mogen intusschen zeer velen — en dit kan tot eene zeer wenschelijke bespoediging krachtig medewerken — den groet, aan het einde van dit proefschrift den goedgunstigen lezer gebracht, hebben ontvangen en begrepen.

Mr. S. v. d. A.

In naam van historie en recht. Een protest tegen de behandeling van de beheerszaak in de Synode van 1892, door Dr. T. Cannegieter, hoogleeraar te Utrecht. — Arnhem, G. W. v. d. Wiel & Co., 1893. — 199 bl.

Dit geschrift behandelt een hoogst belangrijk en tevens zeer ingewikkeld vraagstuk van kerkrecht, dat wegens het vroeger zeer nauw en thans nog niet geheel verbroken verband van Staat en Kerk ook de aandacht van den jurist ten volle waard is. Het is eene nieuwe schakel in het uitvoerig betoog van den Schrijver, dat de Algemeene Synode der Hervormde Kerk bevoegd en verplicht is, de regeling van het beheer der kerkelijke goederen zoo spoedig en volledig mogelijk onder handen te nemen. Deze stelling vormt reeds de kern van twee vroegere werken: *De bevoegdheid tot regeling van het beheer van de kerkelijke goederen der Hervormde gemeenten*, verschenen in 1890; en *Uitstel geen afstel*, verschenen in 1891. Aanleiding tot een en ander is in het kort het volgende.

Tengevolge van de verheffing der Nederlandsch Hervormde Kerk tot staatskerk tijdens de Republiek der Vereenigde Nederlanden waren de geestelijke en de stoffelijke belangen der Kerk gescheiden en onder verschillende autoriteiten gesteld. Het eerste heette *bestuur* en was aan de kerkelijke overheid toevertrouwd; het tweede werd *beheer* genoemd en aan leeken opgedragen. Deze eigenaardige scheiding in de behartiging der belangen van

---

[1]) Zie bl. 63—64.

een en dezelfde persoon heeft de staatskerk zelve overleefd en is door de omstreeks het midden dezer eeuw aan de Kerk toegekende zelfstandigheid geenszins opgeheven. Integendeel heeft de Synode wel van hare emancipatie gretig gebruik gemaakt om het kerkelijk *bestuur* op eigen grondslag te regelen, maar steeds geaarzeld ook het kerkelijk *beheer* aan haar gezag te onderwerpen. Talrijke oorzaken, waaronder de houding van het Staatsgezag en de tegenstand der gemeenten geene onbelangrijke plaats innemen, verklaren deze onthouding. Het doel des Schrijvers is aan te toonen, dat eene verklaring geene rechtvaardiging is, en het een dringende eisch van het oogenblik mag heeten, de handen onverwijld aan den ploeg te slaan.

Breedvoerig zet Dr. Cannegieter uiteen, dat de Synode aanvankelijk niet getwijfeld heeft aan hare bevoegdheid om ook het kerkelijk *beheer* wettelijk te regelen en eerst in 1849 besloot, daartoe genoopt door «dwaze begripsverwarring, bekrompen naijver en oppervlakkig misverstand», om twee afzonderlijke reglementen voor bestuur èn beheer vast te stellen. Toen dit laatste op zwarigheden stuitte, veranderde zij den titel van het ontworpen Algemeen Reglement *op het bestuur* in dien van Algemeen Reglement *voor de Hervormde Kerk*, om daarmede te kennen te geven, dat dit de Grondwet der Kerk voor àl hare belangen zou zijn, en behield zij zich daarenboven door de toevoeging eener tweede alinea aan art. 65 de bevoegdheid tot beheersregeling uitdrukkelijk voor. Met klem wordt opnieuw betoogd, dat eene juiste en op historische bescheiden gegronde interpretatie dezer veel besproken alinea de bevoegdheid der Synode in casu volledig erkent. Aan de zoogenaamde reserves, waaronder het Alg. Reglement van 9 Sept. 1851 bij Kon. Besluit van 23 Maart 1852 werd goedgekeurd, met name aan de tweede reserve, die op de uitvoering van het voorschrift omtrent het beheer betrekking had, hecht Dr. Cannegieter m. i. eene te geringe waarde. Doch dit schaadt niet aan de juistheid zijner resultaten, omdat de bewuste reserves bij Kon. Besluit van 22 Juli 1870 zijn ingetrokken en mitsdien, hoe men haar inhoud en strekking ook opvatte, de volledige bevoegdheid der Synode, uit het Alg. Reglement voortvloeiende, sedert 1870 boven allen twijfel verheven is. Geheel in overeenstemming hiermede heeft de wet van 10 Sept. 1853, «regelende het toezicht op de onderscheiden Kerkgenootschappen», de vrijheid der Ned. Hervormde Kerk om ook hare stoffelijke belangen naar goedvinden te regelen onvoorwaardelijk gehuldigd.

Inmiddels bleef de Synode terecht of ten onrechte aarzelen. Dientengevolge had een Kon. Besluit van 9 Febr. 1866, waarvan de wettigheid op m. i. onvoldoende gronden door Schrijver wordt betwist, bij wijze van overgangsmaatregel tot een volkomen zelfstandig kerkelijk beheer, een Algemeen College van Toezicht te 's Gravenhage ingesteld, om gedurende drie jaren, ten slotte verlengd tot 1 Oct. 1869, over het beheer der kerkelijke goederen te waken. Daarna hield alle staatsbemoeiing op en bleef de zorg voor hare stoffelijke belangen aan de Kerk zelf overgelaten. Doch wat geschiedde? Ten gevolge van de voortdurende onthouding der Synode hebben vele gemeenten sedert dat tijdstip het beheer harer goederen in eigen handen genomen en alle betrekking met een hooger toezicht afgebroken, terwijl andere, even eigenmachtig, zich vrijwillig onder het toezicht van het Algemeen College hebben gesteld, dat ook na 1869 zijne functiën bleef uitoefenen. Krachtens regeeringsmaatregelen van twijfelachtige wettigheid, die door Schrijver onvoorwaardelijk worden afgekeurd, werd in een zoogenaamd dubbel Algemeen College op 17 Juni 1870 een *Alg. Reglement op het beheer der kerkelijke goederen en fondsen van de Hervormde Gemeenten in Nederland en het toezicht daarop* vastgesteld en op 21 Juli 1870 afgekondigd, om op 1 October in werking te treden. Gelijktijdig werden de bovengenoemde reserves van 1852 ingetrokken. Sedert dit oogenblik rust het beheer op dezen zwakken en betwistbaren grondslag en handhaaft het Algemeen College desniettemin tegenover de Synode met nadruk zijne zelfstandigheid.

Dat uit dezen zonderlingen toestand verwarring rechtsonzekerheid en misbruiken moeten voortvloeien, ligt voor de hand. Deze bleven ook niet uit en namen in later jaren zoozeer toe, dat de Synode haars ondanks genoodzaakt werd, telkens opnieuw de vraag te overwegen, of het niet op haren weg lag, zelve de regeling van het beheer kloekmoedig ter hand te nemen. Aanvankelijk verklaarde zij zich daartoe herhaaldelijk bevoegd; doch na 1875 verviel zij in hare oude apathie en nog in 1888 besloot zij uitdrukkelijk, van hare bevoegdheid geen gebruik te maken. Ondanks den krachtigen stoot door het eerstgenoemd geschrift van Dr. Cannegieter, ex officio adviseerend lid der Synode, uitgeoefend, werd de zaak in 1890 opnieuw uitgesteld; in 1891 en 1892 eindelijk besloot de Synode andermaal, om de tot haar gerichte verzoeken ter zijde te stellen, aan het Algemeen College hare medewerking toe te zeggen, en zelfs de gemeenten met vrij beheer uit te noodigen, zich aan het toezicht van dit col-

lege te onderwerpen. Let wel, dit alles geschiedt ondanks het gemis van elken kerkrechtelijken grondslag van het Algemeen College, ondanks zijn gebleken onmacht om schromelijke misbruiken te beletten, ondanks het ontbreken van elken waarborg dat het in de toekomst beter aan zijne bestemming zal kunnen beantwoorden, ondanks de schier volslagen machteloosheid der Algemeene Synode om in eenig opzicht haar invloed bij het Algemeen College te doen gelden. Is het wonder, dat den Schrijver, die dit alles in zijn laatste en beste hoofdstuk klaar en klemmend betoogt, reeds in 1891 een «quousque tandem» ontsnapte en zijne pen thans opnieuw van verontwaardiging trilt?

Ofschoon de Schrijver in zijn laatste boek verklaart, zich van herhalingen te willen onthouden, en voor de breedere uiteenzetting van zijn gevoelen naar zijne beide vroegere geschriften verwijst, kan het geene verwondering wekken, dat hem dit slechts ten deele is gelukt. Eene wederlegging van de beslissing der Synode in 1892 en van de daarvoor aangevoerde motieven noopt hem onwillekeurig, om veelal doch niet altijd met andere woorden hetzelfde te betoogen, wat den belangstellenden lezer reeds uit vroegere werken bekend was. Somtijds resumeert hij zelfs woordelijk gelijkluidend de hoofdpunten en slotsommen van zijn gedachtengang (bijv. op bl. 144 vlg.). Dit vindt tot op zekere hoogte zijne rechtvaardiging in het gewicht der zaak, de hardhoorigheid zijner tegenstanders en inzonderheid den gloed zijner overtuiging. Toch durf ik niet beweren dat deze breedvoerigheid het meest doeltreffend is. Zij vermoeit allicht en schrikt af van eigen onderzoek, zonder daarom onwilligen of schroomvalligen te overreden. Een kort en klemmend protest verdiende wellicht de voorkeur. Doch hoe men hierover ook denkt, niemand, die in de zaak belang stelt en van deze geschriften kennis nam, zal aan Dr. Cannegieter den lof onthouden, dat hij dit vraagstuk grondig heeft onderzocht en met historische en juridische bewijzen eene oplossing verdedigt, die m. i. bezwaarlijk op goede gronden kan worden betwist. Natuurlijk sluit dit niet uit meer dan eene bedenking tegen sommige argumenten en uitdrukkingen, die in deze korte aankondiging geene nadere aanduiding verdienen.

Wellicht zal de kunstvaardigheid in het uitdenken van exceptiën, de schroom voor doortastende maatregelen tegen den onwil en het verzet van vele belanghebbenden, lauwheid en gemis van overtuiging, de meerderheid weerhouden een jarenlang verzuim te herstellen en moedig den weg van hervorming in te slaan. Met een gerust geweten, zij het ook met diep leedgevoel,

zal deze eenzame strijder voor waarheid en recht het ontbindingsproces der Kerk kunnen gadeslaan. Ofschoon vreemd aan juridische studiën en meer tot bespiegeling dan tot wetsinterpretatie geneigd, heeft hij het goed recht der Synode uit een oogpunt van stellig recht m. i. overtuigend bewezen en haar plicht op theoretische en practische gronden afdoende gestaafd. Niemand zal deze werken lezen zonder een helder inzicht te verkrijgen in den aard der hierbij betrokken belangen en het actueel gewicht eener bevredigende oplossing. Indien deze beschouwingen ook buiten den kring van de leden der Synode de aandacht trekken en instemming vinden, dan bestaat er kans, dat eerlang de openbare meening hare stem doet hooren en ook onwilligen en nalatigen, tot handelen geroepen, dwingt tot handelen in de goede richting over te gaan. Zoo niet, dan is het de vraag, of niet een hooger gezag moet tusschenbeide komen «om te voorkomen, dat aanzienlijke en langs historischen weg tot een bepaald doel bestemde goederen aan hunne bestemming worden onttrokken ten gevolge van wanbeheer en meeningsverschil». Terecht treedt Schrijver voor het oogenblik niet in een dieper onderzoek dezer vraag. Ieder lid der Synode van 1893, ieder belangstellende in de aangelegenheden der Vaderlandsche Kerk, zal intusschen weldoen, haar wel te overwegen en een bevredigend antwoord te zoeken.

D. L.

Blijkens de ons toegezonden nummers 10—12 van den tweeden jaargang der **Sommaire périodique des Revues de droit**, heeft dit tijdschrift groote verbeteringen ondergaan. Bij de aankondiging in *Rechtsgeleerd Magazijn*, 1892, bl. 281, naar aanleiding van n°. 2 van dienzelfden jaargang, stelden wij drie eischen, waaraan een werk als de *Sommaire* behoort te voldoen: juiste systematische indeeling, volledigheid en nauwkeurigheid. Toetsen wij daaraan de nummers 10—12, dan kan ons oordeel veel gunstiger luiden dan vroeger.

De indeeling is behouden, liet trouwens niet te wenschen over. Omtrent de volledigheid merken wij thans op, dat volgens mededeeling van de Redactie de inhoud van 250 tijdschriften in de *Sommaire* wordt opgegeven. Buitendien heeft de Redactie zich in verschillende landen de hulp van medewerkers verzekerd. Voor ons land worden op den omslag vermeld de H.H. Simon v. d. Aa, Bik en Wolfson, allen in den Haag. Wat

volledigheid betreft mag dus worden aangenomen, dat de *Sommaire* aan redelijke eischen zal voldoen.

Ten slotte de nauwkeurigheid: juiste overneming van namen en titels, zorgvuldige correctie. Wij toonden ons een vorige maal, wat dit punt aangaat, niet voldaan. Thans constateeren wij gaarne vooruitgang; geheel tevreden zijn wij echter nog niet. Wij gingen opnieuw de opgaven na betreffende Nederlandsche literatuur, en stuitten nog meermalen op meer of minder belangrijke misstellingen. Ten blijke van de juistheid onzer opmerking wijzen wij op nrs. 2950, 2972 (*Ficherz* voor *Sickesz*), 3116bis, 3146bis en 3330,.... verder de nrs. 3072, 3117, 3121, 3125, 3126, 3144, 3145, 3390 en andere opgaven van Duitsche en Italiaansche literatuur. Het komt ons voor, dat de ijverige Redactie zich te dezen nog strengere eischen behoort te stellen, al erkennen wij gaarne, dat de taak, die zij op zich heeft genomen, eene zeer moeilijke is.

OPMERKINGEN EN MEDEDEELINGEN.

A. WETGEVING.

Nederland. — Wanneer wij, aanknoopend aan vroegere overzichten (zie laatstelijk *Rechtsgel. Mag.*, 1891, bl. 301 vlg.), verslag geven van hetgeen in Nederland op wetgevend gebied in de jaren 1891 en 1892 is voorgevallen, dan kunnen wij ons ook ditmaal niet bijzonder voldaan verklaren over hetgeen tot stand gebracht is. Verschillende sedert geruimen tijd aanhangige vraagstukken bleven onafgedaan; vele andere, die reeds lang de tusschenkomst des wetgevers eischen, kwamen nog niet eens in het tijdperk der voorbereiding. De staatkundige omstandigheden verklaren ook nu weder, waarom men zoo weinig vorderde. Eerst belemmerden zij, een tijd lang, den geregelden gang der staatsmachine. Na de optreding van een nieuw Ministerie in den zomer van 1891 namen kiesrecht- en belasting-plannen de aandacht van Regeering en Volksvertegenwoordiging voor een groot deel in beslag. Zoo bleef er weinig gelegenheid over voor arbeid op het terrein der eigenlijke wetgeving.

Ziehier het voornaamste van hetgeen het *Staatsblad* van 1891 en 1892 oplevert:

1°. eene wet van 18 Juni 1892 (*Stbl.* n°. 146) *tot aanvulling van de artikelen* 980 *en* 988 *van het Burgerlijk Wetboek.* In de Kamers was herhaaldelijk aangedrongen op wijziging der bepalingen over de olographische testamenten, ten einde de daaromtrent bestaande rechtsonzekerheid op te heffen (zie *Rechtsgel. Mag.*, 1891, bl. 304). Bij Kon. Boodschap van 27 Febr. 1892 werd een Ontwerp ingediend, dat eerst bij de schriftelijke en later bij de mondelinge gedachtenwisseling eenige uitbreiding onderging. Reeds op 12 en 13 Mei werd het in de Tweede Kamer behandeld, en na krachtige verdediging, vooral door Mr. Rink en den Minister van Justitie, met 61 tegen 7 stemmen aangenomen. Ook in de Eerste Kamer verwierf het Ontwerp, ondanks bestrijding door de Heeren Vlielander Hein en Melvil van Lynden, eene aanzienlijke meerderheid. Voor het eerst sedert vele jaren is aldus eene partiëele wijziging gebracht

in onze privaatrechtelijke wetboeken; den Minister Smidt komt de eer toe, het initiatief te hebben genomen tot het opnieuw betreden van den eenigen practischen weg, die voert naar verbetering van onze wetgeving. — Ten einde haar voorstel niet in gevaar te brengen, weigerde de Regeering toe te geven aan den vrij algemeen uitgesproken wensch om bij deze gelegenheid de olographische en de geheime testamenten tot één geheel te vereenigen.

2°. Van groot belang is verder de wet van 12 December 1892 (*Stbl.* n°. 268) *op het Nederlanderschap en het ingezetenschap.* Zij heeft ten doel, ter vervanging van den titel van het Burgerlijk Wetboek: «Van Nederlanders en vreemdelingen», en van de wet van 28 Juli 1850 (*Stbl.* n°. 44), algemeene bepalingen vast te stellen omtrent het Nederlanderschap, en uitvoering te geven aan verschillende voorschriften van art. 6 der Grondwet. Door deze lang verbeide wet, welke op 1 Juli 1893 in werking treedt, wordt een einde gemaakt aan de tot dusver geldende tweeledige en o. a. daardoor zeer gebrekkige regeling van het onderwerp. De wetsvoordracht werd ingediend op 24 Febr. 1892; zij ondervond vooral schriftelijk eene uitvoerige en grondige behandeling.

Met onze wetboeken in meer onmiddellijk verband staan ook

3°. de wetten van 20 Juni 1891 (*Stbl.* n°. 116) en 10 Augustus 1892 (*Stbl.* n°. 181), strekkende om opnieuw — voor den vierden en vijfden keer — den termijn te verlengen, gedurende welken art. 1 der wet van 6 Maart 1818 van kracht blijft. Deze verlenging, thans loopende tot 1 Sept. 1893, achtte men alsnog noodig, omdat alleen daardoor strafrechtelijke sanctie blijft verzekerd o. a. aan de bij Koninklijk Besluit gegeven bepalingen op het stuk der verveningen en ontgrondingen.

Voorts vermelden wij:

4°. de wet van 28 Februari 1891 (*Stbl.* n°. 69) *tot vaststelling van bepalingen betreffende 's Rijks waterstaatswerken*, waarvan een uitvloeisel is o. a. het Koninklijk Besluit van 13 Augustus 1891 (*Stbl.* n°. 158) «tot vaststelling van een algemeen reglement van politie voor rivieren, kanalen, havens, sluizen, bruggen en daartoe behoorende werken, onder beheer van het Rijk»;

5°. de wet van 15 April 1891 (*Stbl.* n°. 87) *tot regeling der brievenposterij:* eene codificatie van ons postrecht, met uitzondering van de bepalingen op den postpakkettendienst. Bij Kon. Besl. van 11 Februari 1892 (*Stbl.* n°. 41) werd bepaald, dat deze wet zou in werking treden op 1 April 1892, terwijl een Kon. Besl. van gelijke dagteekening (*Stbl.* n°. 42) strekt tot uitvoering van onderscheidene bepalingen der nieuwe Postwet.

Op het postvervoer hebben nog betrekking:

een Kon. Besluit van 29 Maart 1892 (*Stbl.* n°. 51) «ter bekendmaking van de op het den 4den Juli 1891 te Weenen gehouden congres der Algemeene Postvereeniging gesloten verdragen, overeenkomsten en slotprotocollen, voor zoover daarbij Nederland en Nederlandsch Oost- en West-Indië betrokken zijn»;

een Kon. Besluit van 21 Juni 1892 (*Stbl.* n°. 147), gewijzigd bij Kon. Besl. van 22 Dec. 1892 (*Stbl.* n°. 285) «tot regeling van de porten en rechten der brieven en verdere stukken, die tusschen Nederland ter eene en de landen, tot de algemeene postvereeniging, alsmede de landen, niet tot die vereeniging behoorende, worden uitgewisseld»;

een Kon. Besl. van 1 Juli 1892 (*Stbl.* n°. 172) «bepalende de plaatsing in het Staatsblad van het op 23 Juni 1892 te 's Gravenhage tusschen Nederland en België gesloten postverdrag»;

6°. de wet van 15 April 1891 (*Stbl.* n°. 91), *houdende bepalingen tot voorkoming van aanvaring of aandrijving op de openbare wateren in het Rijk, die voor de scheepvaart openstaan.* Een Reglement tot uitvoering van deze wet werd vastgesteld bij Kon. Besl. van 18 Mei 1892 (*Stbl.* n°. 102);

7°. de wet van 22 Juni 1891 (*Stbl.* n°. 125), *betreffende de wettelijk vastgestelde formulieren, ambtstitels en officieele benamingen in verband met het overgaan van de Kroon op eene Koningin.* Gedurende de behandeling werd het voorstel aanmerkelijk verbeterd. Terwijl het Ontwerp de formulieren zelve wilde wijzigen, luidt thans art. 1 der wet: «Zoolang eene Koningin de Kroon draagt, wordt bij het gebruik van alle wettelijk vastgestelde formulieren, ambtstitels en officieele benamingen, waarin het woord «Koning» voorkomt, in plaats daarvan het woord «Koningin» gebezigd, met inachtneming van de daardoor noodzakelijk wordende taalkundige veranderingen». Netelige twisten worden voorkomen, doordien in art. 2 is bepaald: «voor de rechtsgeldigheid van de toepassing sedert den overgang van de Kroon op Hare Majesteit Wilhelmina aan wettelijk vastgestelde voorschriften betreffende formulieren, ambtstitels en officieele benamingen gegeven, maakt het geen onderscheid of daarbij het woord «Koning» dan wel het woord «Koningin» met inachtneming van de daardoor noodzakelijk geworden taalkundige veranderingen, gebezigd is»;

8°. de wet van 28 December 1891 (*Stbl.* n°. 243) *tot verlenging van den termijn, gedurende welken de wet van* 19 *Januari* 1890 (*Stbl.* n°. 1) *van kracht blijft.* De werking der wet op de

Commissie tot onderzoek van de arbeidstoestanden (zie *Rechtsgel. Mag.*, 1891, bl. 301) wordt daardoor uitgestrekt tot 1 October 1892;

9o. de wet van 18 Juni 1892 (*Stbl.* no. 145), *houdende goedkeuring der op 14 October 1890 te Bern gesloten internationale overeenkomst omtrent het goederenvervoer op spoorwegen.* Het Kon. Besluit van 30 November 1892 (*Stbl.* no. 258) beveelt de bekendmaking van de bedoelde overeenkomst, met de Nederlandsche vertaling, door plaatsing van dit besluit in het Staatsblad (zie hierboven, bl. 144);

10o. een Kon. Besluit van 27 Augustus 1892 (*Stbl.* no. 214) strekt tot bekendmaking van den thans, na herhaalde wijzigingen, geldenden tekst der wet van 14 September 1866 (*Stbl.* no. 138), betrekkelijk de *inkwartieringen*, enz. Een Kon. Besluit van 10 November 1892 (*Stbl.* no. 253) stelt de reglementaire bepalingen vast ter uitvoering van deze wet;

11o. de wet van 29 October 1892 (*Stbl.* no. 240), *houdende voorloopige maatregelen tot behoud van vicariegoederen.* Daar de Regeering zich niet in staat achtte, nu reeds eene blijvende regeling van dit onderwerp aanhangig te maken, stelde zij voor, de werking der wet van 11 Juli 1884 (*Stbl.* no. 130), die in de eerste dagen van Augustus 1892 zou vervallen, te verlengen. Deze poging mislukte: het Ontwerp kwam te laat bij de Eerste Kamer en werd uit dien hoofde ingetrokken. Eene nieuwe wet, gelijkluidende met die van 1884, is thans den voorloopigen toestand voor een tijdvak van drie jaren komen bestendigen;

12o. eene wet van 12 December 1892 (*Stbl.* no. 270), *houdende goedkeuring der op 14 en 15 April 1891 tusschen verschillende Staten, waaronder Nederland, te Madrid gesloten overeenkomsten tot bescherming van den industrieelen eigendom.* Over deze wet vergelijke men het opstel van Mr. E. Star Busmann, hierboven, bl. 284 vlg.

13o. Verschillende Koninklijke Besluiten staan in verband met de Arbeidswet (wet van 5 Mei 1889, *Stbl.* no. 48, *houdende bepalingen tot het tegengaan van overmatigen en gevaarlijken arbeid van jeugdige personen en van vrouwen*). Het Kon. Besl. van 9 December 1889 (*Stbl.* no. 176), vaststellende een algemeenen maatregel van bestuur als bedoeld bij de artt. 5, 7 en 11 der wet, werd aangevuld bij Kon. Besluiten van 17 Oct. 1891 (*Stbl.* no. 172) en 10 Juni 1892 (*Stbl.* no. 136). De algemeene maatregel, aangeduid in art. 4 der wet, waarbij verboden kan worden het doen verrichten van bepaalde soorten van arbeid door jeugdige personen of vrouwen op grond van

gevaar voor de gezondheid enz., verscheen op 15 Juli 1891 (*Stbl.* n°. 147). Belangrijke wijzigingen en aanvullingen bij Kon. Besl. van 11 Aug. 1892 (*Stbl.* n°. 199) gaven aanleiding tot bekendmaking van den thans geldenden tekst bij Kon. Besl. van 29 September 1892 (*Stbl.* n°. 229).

Bij missive van 30 Augustus 1892 (Luttenberg, bl. 276) drong de Minister van Justitie aan op krachtige medewerking der plaatselijke Overheid tot handhaving der wettelijke bepalingen. Eindelijk werd, bij Kon. Besluit van 29 November 1892 (*Stbl.* n°. 257), de zorg voor de uitvoering dezer wet overgebracht van het Departement van Justitie naar dat van Waterstaat, Handel en Nijverheid.

De wetten, hier vermeld onder nrs. 1, 4, 5, 6 en 7, zijn met eenige andere opgenomen in de verzameling: *Wetgeving* (tot dusver: Jaargang 1891, 5 stukken; Jaargang 1892, 1 stuk), onder redactie van Mr. H. van der Hoeven. Deze uitgave, waarop wij ten vorigen jare (*Rechtsgel. Mag.*, 1892, bl. 432) de aandacht vestigden, is algemeen met groote ingenomenheid begroet; en volkomen terecht: volgens de beproefde methode van Smidt's *Wetboek van Strafrecht* ingericht, verdient zij hetzelfde succes als aan dat werk te beurt viel. Mochten wij een wensch uitspreken, het zou deze zijn, dat er voortaan wat minder tijd verloope tusschen de verschijning van het Staatsblad en die van het daarmede overeenkomende stuk *Wetgeving*.

Van de vijf Ontwerpen, in ons vorige overzicht (*Rechtsgel. Mag.*, 1891, bl. 302 vlg.) genoemd, heeft nog geen enkel den weg gevonden naar het *Staatsblad*. Door de Regeering werden in September 1891 ingetrokken: 1°. het Ontwerp *houdende bepalingen ter uitvoering van art.* 152, *2e lid der Grondwet* (militaire inundatiën); 2°. het Ontwerp *houdende bepalingen ter uitvoering van art.* 187 *der Grondwet* (staat van oorlog en beleg); 3°. het Ontwerp *houdende bepalingen tot waarborging van de vrije beschikking door werklieden over hun verdiend loon.* Omtrent het laatstvermelde had de Commissie van Rapporteurs mondeling overleg gepleegd met de Regeering en in Mei 1891 de openbare behandeling van het nader gewijzigde Ontwerp voldoende voorbereid verklaard.

Het Ontwerp van den Heer S. van Houten, «strekkende tot uitbreiding en nadere regeling van het recht van onteigening ten algemeenen nutte door gemeentebesturen», werd in September 1891 door den voorsteller ingetrokken, doch bij brief van 16 Januari 1893 opnieuw aanhangig gemaakt, en wel in

eenigszins veranderden vorm, naar aanleiding van het destijds uitgebrachte Voorloopig Verslag.

Het op 9 December 1890 ingediende Ontwerp van wet *op het faillissement en de surséance van betaling* werd, nadat het in April 1891 in de Afdeelingen was onderzocht, in September 1891 ingetrokken, doch weinige dagen later, geheel gelijkluidend, opnieuw aanhangig gemaakt. De Commissie van Voorbereiding, thans bestaande uit de Heeren Travaglino, Hartogh, Bevers, Huber en Hintzen, stelde een leidraad vast voor een nieuw onderzoek in de Afdeelingen, hetwelk in November 1891 plaats vond. Daarop volgde eene schriftelijke en mondelinge gedachtenwisseling tusschen de Commissie en de Regeering. De uitkomsten van een en ander zijn neergelegd in het uitvoerige Verslag der Commissie, dat de Kamer in Maart 1893 bereikte. De zeer zorgvuldige voorbereiding, die aan het Ontwerp ten deel viel, geeft aanleiding tot de verwachting, dat de mondelinge behandeling zonder ernstige moeilijkheden zal van stapel loopen.

Verder bleven op 1 April 1893 aanhangig:

1o. een bij Kon. Boodschap van 20 September 1892 ingediend Ontwerp van wet *tot wijziging van art. 469 W. v. B. Rv.*, strekkende tot voorkoming van kwade praktijken, die ter verijdeling van den executorialen verkoop van roerend goed hier en daar plegen te worden aangewend. Algemeen gedeeld werd de wensch om een einde te maken aan handelingen, welke bij de beraadslaging eene «bespotting der justitie» werden genoemd. Eenigszins gewijzigd werd het Ontwerp in de Tweede Kamer op 8 Maart 1893 aangenomen. (Sedert verwierf het de goedkeuring der Eerste Kamer, en werd het in het *Staatsblad* opgenomen.)

Zeer opmerkelijk zijn de woorden, bij de behandeling in de 2e Kamer gesproken door den Heer Æ. Mackay (*Handelingen*, 1892—1893, II, bl. 846): .... «men kan niet voorzichtig «genoeg zijn om in de wet zelf zoo duidelijk moge«lijk uit te drukken wat bedoeld wordt .... Wij «weten hoe de Hooge Raad weinig of geen rekening houdt «met de toelichting van een artikel, maar alleen let op hetgeen «er in geschreven staat....» Of de laatste opmerking volkomen juist is, willen wij daarlaten. Maar zeker heeft de afgevaardigde aanspraak op hartgrondige toejuiching, waar hij der Kamer ernstig in overweging geeft, den tekst der wetsbepaling, omtrent welker beteekenis reeds tijdens de discussie twijfel rijst, te verduidelijken, en zich niet tevreden te stellen met eene toelichting des Ministers of eene zoogenaamde «authentieke uitlegging».

Werd deze heilzame waarschuwing algemeen betracht, men zoude menige twistvraag vermijden, die thans de wetsuitleggers tot wanhoop brengt;

2o. een bij Kon. Boodschap van 1 Augustus 1892 ingediend Ontwerp van wet *tot wijziging van art.* 64 *der Spoorwegwet* (wet van 9 April 1875, *Stbl.* no. 67, *tot regeling van de dienst en het gebruik der spoorwegen*). Doel van dit Ontwerp is, uitdrukkelijk straffen te bepalen ook voor niet-reizigers, die de algemeene maatregelen van bestuur, uit de Spoorwegwet voortvloeiende, overtreden. Ondanks bestrijding door de groote meerderheid der Commissie van Rapporteurs, bij monde van den Heer de Kanter, werd het Ontwerp door de Tweede Kamer in de zitting van 23 Maart 1893 met 52 tegen 9 stemmen aangenomen. (De Eerste Kamer gaf in April eveneens hare goedkeuring, waarna het Ontwerp tot wet werd verheven);

3o. een bij Kon. Boodschap van 1 September 1892 ingediend Ontwerp van wet *tot intrekking van art.* 87 *der Wet op de Rechterlijke Organisatie* en wijziging, in verband daarmede, van eenige bepalingen der bestaande wetgeving. Het Ontwerp strekt om, gebruik makende van de daartoe door de jongste Grondwetsherziening geopende gelegenheid, alle rechtsvorderingen tegen den Koning, de Leden van het Koninklijk Huis en den Staat te brengen bij den gewonen rechter. Het Voorloopig Verslag, gedagteekend 20 October 1892, geeft blijk van «uiteenloopende gevoelens», en bespreekt — voor de zooveelste maal! — de voor- en nadeelen van partiëele herziening der Wetboeken;

4o. een bij Kon. Boodschap van 10 September 1892 ingediend Ontwerp van een *Wetboek van Militair Strafrecht.* Dit hoogst belangrijke voorstel heeft ten grondslag een Ontwerp, door Prof. van der Hoeven volgens opdracht der Regeering bewerkt en daarna door eene Commissie van deskundigen uit een militair oogpunt beoordeeld. In Februari 1893 besloot de Tweede Kamer, het Ontwerp in de Afdeelingen te onderzoeken;

5o. een bij Kon. Boodschap van 27 Januari 1893 ingediend Ontwerp van wet *tot goedkeuring der overeenkomst van* 31 *October* 1892 *met België*, strekkende om wederkeerig ingezetenen, onderdanen van het andere land, toe te laten om kosteloos te procedeeren, met ontheffing der verplichting tot het stellen der bij art. 152 W. v. B. Rv. bedoelde zekerheid;

6o. een bij Kon. Boodschap van 30 Januari 1893 ingediend Ontwerp van wet *tot wijziging van art.* 3 *der wet van* 26 *April* 1852 (*Stbl.* no. 92), *houdende regeling der afkondiging van*

algemeene maatregelen van inwendig bestuur van den Staat. De Regeering acht het, op grond van de ervaring, raadzaam, en te gelijk niet aan bezwaren onderhevig, te bepalen, dat algemeene maatregelen van bestuur, bij gelijktijdige plaatsing in Staatsblad en Staatscourant, voortaan in werking zullen treden op den *tweeden* dag na hunne afkondiging, in plaats van op den *vijfden* dag, gelijk thans is voorgeschreven.

7o. Aan het initiatief van Leden der Tweede Kamer danken wij twee wetsontwerpen *tot instelling van Kamers van Arbeid*, het eene afkomstig van den afgevaardigde Pyttersen (ingezonden bij brief van 27 April 1892), het andere bewerkt door den Heer Schimmelpenninck van der Oye (ingezonden bij brief van 2 Mei 1892). De Commissie van Rapporteurs stelde op 27 September 1892 één Voorloopig Verslag vast. De Heer Levy voegde daarbij eene Nota, gewijd aan de ontwikkeling der stelling, dat regeling der Arbeidskamers in wettelijken vorm is «1o. in strijd met ons staatsrecht; 2o. een maatregel, waarvan de gevolgen niet zijn te overzien; 3o. praematuur». Op Oudejaarsdag zonden de voorstellers aan de Kamer vooreerst ieder afzonderlijk eene Memorie van Antwoord, doch tevens gezamenlijk een «gemeenschappelijk nader voorstel van wet tot instelling van Kamers van Arbeid». Omtrent een aantal punten is evenwel verschil van meening tusschen de beide afgevaardigden blijven bestaan; de Kamer zal daarover in den vorm van amendementen hebben te oordeelen. Onder deze omstandigheden werd, op voorstel der Commissie van Rapporteurs, tot een nieuw onderzoek in de Afdeelingen besloten.

Op de beraadslaging, ter gelegenheid van de behandeling der Staatsbegrooting voor 1893 gevoerd, komen wij niet in bijzonderheden terug. De grondtoon van het debat was de wenschelijkheid van krachtig aangevatte partiëele herziening onzer wetgeving. De Minister Smidt verklaarde zich daarvan een warm voorstander en zijne denkbeelden vonden aan weerszijden van het Binnenhof toejuiching. «Zonder overigens op het werkplan des Ministers vooruit te willen loopen», wees men in de Tweede Kamer «op het in vele opzichten gebrekkige onzer handelswetgeving; op het dienst- en werkbodencontract....; op de rechten van de gehuwde vrouw, die in onze wetgeving niet genoegzaam zijn gewaarborgd; op de vele leemten, die in het Wetb. v. Burg. Rechtsvord. bestaan; ook op het erfrecht van den langstlevenden echtgenoot ab intestato, in Frankrijk geregeld door eene afzonderlijke wet, waardoor inzonderheid de vrouw in een

gunstiger toestand geplaatst is, dan ten onzent.» De Minister nam, blijkens zijne Memorie van Antwoord, «van de opgenoemde punten niet alleen met belangstelling kennis, maar over 't algemeen ook onder instemming met de gedane keuze». Hij ontveinst zich geenszins de moeilijkheden, welke aan herziening van de eigenlijke wetgeving, op eene ruime schaal, in den weg staan. «De ondervinding van 't verloopen jaar heeft opnieuw geleerd, dat . . . ., gezwegen van de voorbereiding, de behandeling van een enkel gewichtig onderwerp, bij onze organisatie, somtijds eene onafgebroken toewijding gedurende onevenredig langen tijd vordert.» Hij kan de opmerking niet terughouden, dat «telkens zich ook andere onderwerpen dan die ons gecodificeerd recht betreffen, en wel van zeer uiteenloopenden aard, op den voorgrond dringen, die geen uitstel gedoogen, maar ook volle aandacht verdienen en vereischen». Intusschen, «het vertrouwen, hetwelk men wel heeft willen uitspreken dat de Minister, voorstander van partiëele herziening onzer wetgeving, de verschillende in het Verslag genoemde stoffen niet uit het oog moge verliezen, zal niet worden teleurgesteld».

Waar men te doen heeft met een bewindsman, die blijkbaar meer houdt van daden dan van beloften, wettigt deze gedachtenwisseling de verwachting, dat onder zijne leiding de handen flink aan den ploeg geslagen zullen worden.

Ten slotte mogen nog hier worden vermeld de volgende mededeelingen omtrent de werkzaamheid der Commissie tot herziening van het Burgerlijk Wetboek: «zij heeft allereerst voortgezet en ten einde gebracht haar reeds vroeger aangevangen onderzoek van een nieuwen Titel, handelende over *Bewindvoerders*, waarna zij heeft ter hand genomen eene reeks van bepalingen omtrent de openbare registers, die in een afzonderlijken Titel, met het opschrift: *Van de openbare registers van onroerende zaken*, zijn te zamen gebracht en aanvankelijk vastgesteld. Uit de vaststelling van den Titel van *Bewindvoerders* vloeide nog eene aanvulling van den Titel van *Vruchtgebruik* voort en werden de zakelijke rechten van *gebruik* en van *bewoning*, onder de benaming van «*beperkt vruchtgebruik*», in laatstgenoemden Titel uitvoeriger geregeld dan aanvankelijk was geschied.

«Nadat de tekst van de Titels, die de commissie zich voorgenomen had in het Tweede Boek te plaatsen, voorloopig was geredigeerd, is zij overgegaan tot eene derde lezing, ten einde te onderzoeken of het noodzakelijk verband tusschen de ver-

schillende onderwerpen was bewaard en tevens onregelmatigheden en onjuistheden in de redactie te verbeteren. Dit werk vordert meer tijd dan de commissie zich had voorgesteld daaraan te moeten besteden, niet het minst door rekening te houden met in den loop dezes jaars verschenen werken, waardoor de commissie zich genoopt gevoelde sommige onderwerpen, met name *erfpacht*, *grondrente* en *beklemming* aan een hernieuwd onderzoek te onderwerpen en te overwegen, of en in hoeverre de reeds voorloopig vastgestelde Titels moesten worden omgewerkt. De commissie is thans met de derde lezing gevorderd tot aan den Titel *Beklemming.*»

Frankrijk. — Eene belangrijke wet van 2 November 1892 betreft *le travail des enfants, des filles mineures et des femmes dans les établissements industriels.* Op den dag harer in-werkingtreding — 1 Januari 1893 — vervangt zij de wet van 19 Mei 1874. Niet gemakkelijk is de nieuwe regeling tot stand gekomen. De plannen dagteekenen reeds van 1879; en sedert November 1886, toen de Regeering een voorstel aanhangig maakte, bleef het onderwerp voortdurend in overweging bij Kamer en Senaat, die elkander herhaaldelijk de ontwerpen gewijzigd toezonden, totdat eindelijk in October 1892 eenstemmigheid werd verkregen. Eene circulaire, op 19 December 1892 door den Minister van Handel en Nijverheid tot de Inspecteurs van den arbeid gericht (opgenomen o. a. in *Revue pratique de droit industriel*, 1893, bl. 120 vlg.), geeft, naast een overzicht van de wet, eene administratieve toelichting.

Volgens art. 1 is de wet toepasselijk op den arbeid van kinderen, meisjes en vrouwen — leerlingen zijn daaronder begrepen (art. 31) — «dans les usines, manufactures, mines, minières et carrières, chantiers, ateliers *et leurs dépendances*» (de laatste woorden zijn er bijgevoegd, opdat het toezicht ook omvatte de plaatsen, waar arbeiders, die bij den werkgever inwonen, zijn gehuisvest) «de quelque nature que ce soit, publics ou privés, laïques ou religieux, même lorsque ces établissements ont un caractère d'enseignement professionnel ou de bienfaisance» (bijv. weeshuizen). Uitgezonderd is arbeid, verricht in inrichtingen, waar slechts leden van het gezin worden te werk gesteld onder gezag van vader, moeder of voogd. Evenwel kan ook daar de Inspecteur veiligheids- en gezondheidsmaatregelen voorschrijven, indien de arbeid geschiedt met behulp van stoom- of mechanische beweegkracht of wanneer het bedrijf behoort tot de gevaarlijke of ongezonde.

De wet slaat alzoo op den industriëelen arbeid, niet op dien in magazijnen, winkels of kantoren, evenmin op den veldarbeid. Doch bij de beraadslagingen is gebleken, dat de grens ook in Frankrijk niet altijd even gemakkelijk is te trekken.

Kinderen mogen niet door de patroons worden te werk gesteld of in de bij art. 1 vermelde inrichtingen worden toegelaten, vóór dat zij den leeftijd van 13 jaren hebben bereikt; zij kunnen worden toegelaten op 12jarigen leeftijd, zoo zij voorzien zijn van een getuigschrift van genoten lager onderwijs en van een certificaat van lichamelijke geschiktheid, afgegeven door een daartoe bevoegden geneeskundige. In weeshuizen mogen de kinderen ten hoogste drie uren per dag met handwerksonderwijs worden bezig-gehouden (art. 2). Deze bepalingen staan in nauw verband met de wet van 28 Maart 1882 *sur l'enseignement primaire obligatoire*. Volgens de vroegere Arbeidswet was de minimum-leeftijd in het algemeen gesteld op 12 jaar, terwijl in sommige bij verordening aan te wijzen bedrijven 10jarige kinderen zes uren daags zouden mogen arbeiden. — Ten opzichte der kinderen beneden 13 jaren bepaalt art. 8 nog, dat zij, behoudens bijzondere vergunning, niet mogen worden gebezigd als spelers, figuranten, enz., bij openbare voorstellingen, gegeven in *gevestigde* schouwburgen en café-chantants (op *rondreizende* blijft van toepassing de wet van 7 December 1874 *relative à la protection des enfants employés dans les professions ambulantes*).

Art. 3 regelt den arbeidsduur voor jongens beneden 18 jaren en voor vrouwen van elken leeftijd. De bepalingen omtrent den arbeidstijd voor volwassen vrouwen, thans voor het eerst in de wet opgenomen, zijn niet dan na heftigen strijd tot stand gekomen. De wet onderscheidt:

a. voor personen beneden zestien jaren van beide geslachten mag de werkelijke arbeidstijd niet langer duren dan 10 uren per dag (volgens de oude wet: 12 uren). Met betrekking tot deze personen kunnen bovendien de Inspecteurs ten allen tijde een geneeskundig onderzoek verlangen, ten einde te constateeren, of de arbeid, waarmede ze belast zijn, hunne krachten te boven gaat. Blijkt dit het geval te wezen, dan kunnen de Inspecteurs eischen, dat de kinderen uit de inrichting worden verwijderd;

b. voor personen van zestien tot achttien jaren mag de werkelijke arbeidstijd niet langer duren dan 60 uren per week, en nooit meer dan 11 uren per dag;

c. voor vrouwen boven achttien jaren is het maximum van den werkelijken arbeidstijd 11 uren per dag.

De arbeidstijd, onder *a*, *b* en *c* vermeld, moet worden onderbroken door één of meer rusttijden, te zamen ten minste een uur bedragende, gedurende welke de arbeid verboden is.

Deze regeling bevat op verschillende punten een compromis tusschen Kamer en Senaat. Zoo had de Kamer den arbeidsduur ook voor vrouwen willen bepalen op 10 uren. Om te gemoet te komen aan de bedenkingen der tegenstanders heeft men ten slotte goedgevonden, voor vrouwen een werkdag van 11 uren toe te laten. Dat de thans ingevoerde ongelijke regeling voor jongelieden en vrouwen aanleiding geeft tot bezwaren voor de nijverheid, met name voor de spinnerijen en weverijen, wordt algemeen erkend. Terwijl echter sommigen meenen, dat deze voorbijgaande zullen zijn, en dat ze althans kunnen worden verzacht door schikkingen, die de wet veroorlooft, dringen anderen reeds nu aan op wijziging der wet. De afgevaardigde Baron Piérard heeft zelfs een voorstel daartoe ingediend.

Om niet al te uitvoerig te worden, moeten wij ons, wat den overigen inhoud der wet aangaat, bepalen tot de hoofdpunten.

De 2e Afdeeling der wet handelt over den nachtarbeid en den wekelijkschen rustdag. Nachtarbeid is, behoudens verschillende uitzonderingen, verboden voor personen beneden achttien jaren en vrouwen. Nachtarbeid is elke arbeid tusschen 9 uur des namiddags en 5 uur des vóórmiddags. Echter is de arbeid geoorloofd van 4 uur 's morgens tot 10 uur 's avonds, wanneer hij is verdeeld tusschen twee ploegen arbeiders, die ieder niet langer arbeiden dan 9 uren, onderbroken door een rusttijd van ten minste een uur. — Een wekelijksche rustdag is voorgeschreven — zonder dat daartoe bepaald de Zondag is aangewezen, gelijk de vroegere wet deed — voor personen beneden achttien jaren en vrouwen van elken leeftijd. Ook hier weder zullen bij verordening afwijkingen worden veroorloofd (artt. 5, 6).

De 3e Afdeeling betreft den onderaardschen arbeid in mijnen en groeven. Deze mag niet verricht worden door vrouwelijke arbeiders; door mannelijke van dertien tot achttien jaren alleen onder inachtneming der bijzondere voorwaarden, bij verordening vast te stellen.

De bepalingen der 4e Afdeeling regelen, vollediger dan de oude wet, het toezicht op de jeugdige personen (arbeidsboek; aanplakking van den tekst der wet, van de werkuren, enz., in de werkplaats).

De 5e Afdeeling (artt. 12—16) handelt over de veiligheid en gezondheid der arbeiders. Bij verordening zal voor vrouwen en kinderen sommige arbeid worden verboden met het oog op de daaraan verbonden gevaren voor veiligheid, gezondheid of zede-

lijkheid; voor andere soorten arbeid zullen bij verordening bepaalde voorwaarden worden gesteld. In het algemeen moeten de werkgevers zorgen, dat alle maatregelen worden genomen in het belang van de veiligheid en gezondheid; eenige daarvan worden in de wet opzettelijk vermeld. Verder hebben de werkgevers te waken voor handhaving der goede zeden. — De bepalingen van deze Afdeeling zijn slechts te beschouwen als voorloopige: eene afzonderlijke wet is in wording *sur l'hygiène et la sécurité des travailleurs dans les établissements industriels;* eenige verschilpunten, die nog tusschen Kamer en Senaat zijn overgebleven, zullen waarschijnlijk weldra worden opgelost.

De Afdeelingen 6 en 7 (artt. 17—25) zijn gewijd aan het toezicht. Dit is opgedragen aan: 1°. *inspecteurs divisionnaires;* 2°. *inspecteurs ou inspectrices départementaux*. Bij Decreet van 15 December 1892 is bepaald, dat van de eerste categorie 11, van de tweede 92 ambtenaren zullen werkzaam zijn; het Departement der Seine alleen verkrijgt 15 mannelijke en 10 vrouwelijke inspecteurs. De benoeming geschiedt na een vergelijkend examen, waarvoor de eischen reeds zijn vastgesteld, en na een jaar stage. Behouden is de *Commission supérieure* van 9 leden, verbonden aan het Ministerie van Handel en Nijverheid, welke tot taak heeft: 1°. toe te zien op de gelijkmatige en nauwgezette toepassing der wet; 2°. van advies te dienen over de te maken verordeningen en in het algemeen omtrent alle vraagstukken, de beschermde arbeiders betreffende.

De 8e Afdeeling eindelijk (artt. 26—29) behelst de strafbepalingen.

Eene wet van 27 December 1892 handelt over *la conciliation et l'arbitrage en matière de différends collectifs entre patrons et ouvriers ou employés*. Haar doel is, de botsingen tusschen kapitaal en arbeid te voorkomen of te verzachten, en vooral de werkstakingen te vermijden of te verkorten.

Volgens art. 1 kunnen werkgevers, werklieden of bedienden, tusschen wien met betrekking tot de voorwaarden van den arbeid een algemeen geschil (*différend d'ordre collectif*) is gerezen, omtrent de vragen die hen verdeeld houden de uitspraak inroepen van eene verzoeningscommissie (*comité de conciliation*) of een scheidsgerecht (*conseil d'arbitrage*), voor het geval in de commissie geene overeenstemming mocht worden bereikt. De partij, die zoodanige uitspraak verlangt, wendt zich schriftelijk tot den kantonrechter; zij geeft aan, wat het voorwerp is van den strijd, zet kortelijk hare beweegredenen uiteen en wijst

tevens afgevaardigden aan, ten getale van ten hoogste vijf, die haar zullen bijstaan of vertegenwoordigen. De kantonrechter beteekent deze verklaring aan de wederpartij, welke in den regel binnen drie dagen moet antwoorden. Stilzwijgen geldt voor weigering. Neemt de wederpartij het voorstel aan, zoo benoemt ook zij hare afgevaardigden. Opmerkelijk is, dat vrouwen als zoodanig kunnen worden aangewezen in beroepen of takken van nijverheid, waarin vrouwen werkzaam zijn. De kantonrechter roept nu de partijen of hunne afgevaardigden bijeen; hij is bij de vergadering tegenwoordig en leidt, des verlangd, de beraadslagingen. Komt men in de commissie tot overeenstemming, dan maakt de kantonrechter daarvan een proces-verbaal op, dat door de partijen wordt onderteekend. In het tegenovergestelde geval noodigt de kantonrechter partijen uit, één of meer scheidsrechters te benoemen op de wijze, nader in artt. 7 en 8 geregeld. De uitspraak van het scheidsgerecht wordt den kantonrechter ter hand gesteld.

In geval van werkstaking richt de kantonrechter, wanneer de belanghebbenden zelf niet het initiatief nemen, ambtshalve tot patroons en arbeiders het voorstel, het geschil te brengen voor eene commissie van verzoening of eventueel voor een scheidsgerecht. Ook hier echter blijven de partijen vrij, het voorstel aan te nemen of te verwerpen.

De aanvragen, antwoorden, beslissingen enz. worden, door den burgemeester of door de belanghebbende partijen, openbaar gemaakt. «Bij gebreke van eene burgerrechtelijke verplichting of eene strafrechtelijke vervolging, waarvan nadenken en ervaring de onmogelijkheid bewijzen, heeft men de sanctie gezocht in een beroep op de openbare meening, die op den afloop dezer botsingen een zoo machtigen invloed heeft.» Wij ontleenen deze woorden aan eene circulaire, door den Minister van Justitie gericht tot de Procureurs-Generaal (*Revue pratique de droit industriel*, 1893, bl. 137 vlg.) omtrent de wijze, waarop de Regeering zich voorstelt, dat de wet behoort te worden toegepast.

De wet van 30 November 1892 *sur l'exercice de la médecine* vermelden wij hier alleen, omdat zij op twee punten wijziging brengt in den *Code civil*.

Vooreerst stelt art. 11 der wet een nieuwen tekst vast van art. 2272 C. c. (overeenkomende met ons art. 2006 B. W.). In plaats van het eerste lid treedt de volgende bepaling aan het slot van het artikel: «l'action des médecins, chirurgiens, chirur-

giens-dentistes, sages-femmes et pharmaciens, pour leurs visites, opérations et médicaments, se prescrit par deux ans.» De termijn van verjaring voor vorderingen van geneesheeren, enz. wordt daardoor gebracht van één jaar op twee jaren. In het Ontwerp, gelijk het door de Kamer was aangenomen, was een termijn van 5 jaren gesteld. Doch de Senaat achtte 2 jaren voor den geneesheer, al is deze niet zeer vlug, voldoende om zijne vordering te doen gelden, desnoods in rechte. Aan den anderen kant is die termijn niet zóó lang, dat de patient zich de bezoeken des geneesheers niet meer zou herinneren en de middelen van controle van diens rekening zou missen.

Volgens art. 12 der wet zal art. 2101 nr. 3 C. c. (verg. art. 1195 nr. 3 B. W.) voortaan worden gelezen als volgt: «Les frais quelconques de la dernière maladie, *qu'elle qu'en ait été la terminaison*, concurremment entre ceux à qui ils sont dus». De door ons gecursiveerde woorden zijn nieuw. Zij strekken om een einde te maken aan de bekende twistvraag, of onder «laatste ziekte» alleen die is te verstaan, waaraan de schuldenaar is overleden, of ook de laatste ziekte vóór het faillissement, al is de dood niet daarop gevolgd. Na veel aarzeling is de rechtspraak gekomen tot de eerste opvatting. Doch deze oplossing, zegt het Rapport van de Commissie uit den Senaat, mag steunen op den tekst der wet, zij is niet overeenkomstig de billijkheid. Want waarom zou de geneesheer in het faillissement van den schuldenaar, dien hij gered heeft, niet denzelfden voorrang hebben als in den insolventen boedel van den schuldenaar, die is gestorven?

Eene wet van 15 November 1892, *imputant la détention préventive sur la durée des peines prononcées*, strekt tot vervanging der artt. 23 en 24 Code pénal door nieuwe bepalingen, welke aldus luiden:

Art. 23. «Elke vrijheidsstraf gaat in op den dag, waarop de veroordeelde gevangen wordt gehouden krachtens de onherroepelijk geworden veroordeeling, die de straf uitspreekt.»

Art. 24. «Is de veroordeelde voorloopig in verzekerde bewaring geweest, dan wordt de duur daarvan geheel in mindering gebracht op den duur der straf, die door het veroordeelend vonnis of arrest is uitgesproken, tenzij de rechter, bij bijzondere en met redenen omkleede beschikking, heeft bevolen, dat deze toerekening niet of slechts gedeeltelijk zal plaats hebben. — De verzekerde bewaring, ondergaan tusschen de dagteekening van het vonnis of arrest en het oogenblik waarop de veroordeeling onherroepelijk wordt, zal steeds in mindering worden gebracht in de twee volgende gevallen:

1°. Wanneer de veroordeelde geen rechtsmiddel heeft aangewend tegen het vonnis of arrest;

2°. Wanneer hij een rechtsmiddel heeft aangewend en zijne straf ten gevolge daarvan is verminderd.»

Volgens den Code pénal had toerekening der preventieve hechtenis slechts in enkele gevallen plaats. De practijk redde zich door, met het oog op de reeds ondergane verzekerde bewaring, eene lichtere straf uit te spreken. Allerlei bezwaren vloeiden daaruit voort: geringer indruk van de straf op het publiek; onzuivere toestand bij herhaling van misdrijf; aanteekening eener te lichte straf op het *casier judiciaire*, enz. Door de nieuwe bepalingen vervallen deze bezwaren. Tusschen de beide bekende stelsels: wettelijk voorgeschreven toerekening (België, Italië) en toerekening alleen waar de rechter deze wenschelijk oordeelt (Nederland) heeft de Fransche wetgever een middelweg gekozen: de rechter blijft vrij, doch de veroordeelde heeft grooteren waarborg dan het Nederlandsche artikel hem verschaft.

Duitschland. — Eene wet van 12 Maart 1893 strekt tot invoering eener eenvormige tijdregeling. Het eenige artikel luidt:

«De wettelijke tijd in Duitschland is de middelbare zonnetijd van den vijftienden lengtegraad oostelijk van Greenwich.

Deze wet begint te werken op het oogenblik, waarop volgens de bepaling van het vorige lid de 1ste April 1893 aanvangt.»

Vereenigde Staten. — In de Vereenigde Staten van Noord-Amerika begint men om te zien naar middelen om eenige overeenstemming te verkrijgen tusschen de wetgeving der verschillende Staten en Territoriën. Te dien einde werd in 1889 in den Staat New-York eene wet aangenomen, waarbij werd ingesteld eene commissie van drie leden met opdracht deze zaak te overwegen en zich daarover te beraden met dergelijke, door andere Staten te benoemen commissies. Dit denkbeeld vond bij enkele andere Staten weerklank; in Massachusetts, Pensylvania, Michigan, Delaware, New-Jersey, Georgia en Mississippi kwamen weldra soortgelijke wetten tot stand. In al deze nagenoeg gelijkluidende wetten worden de afgevaardigden belast te overleggen over de mogelijkheid, om eenheid van wetgeving te verkrijgen omtrent het huwelijk en de echtscheiding, de vereischten van testamenten en van «deeds» (schriftelijke door de partijen gezegelde en geteekende akten), omtrent notariëele verklaringen, wissels en promessen, het handelsrecht en andere onderwerpen.

De eerste bijeenkomst der afgevaardigden werd gehouden te Saratoga den 24sten Aug. 1892; van de genoemde Staten was alleen Mississippi niet vertegenwoordigd.

De besproken punten waren van den meest eenvoudigen aard, daar men begreep dat alleen door zich daartoe te bepalen eenig resultaat kon worden bereikt.

Het eerste der behandelde onderwerpen was de vorm van *erkenningen van «deeds»* (notariëele verklaringen onder eene schriftelijke akte te plaatsen, constateerende dat de persoon in de akte genoemd deze erkent als zijne handeling). De vorm, voor deze verklaringen voorgeschreven of gebruikelijk, is in de verschillende Staten zeer verschillend, wat tot allerlei moeilijkheden aanleiding geeft, als de akte moet worden gebruikt in een anderen Staat dan die, waarin de verklaring is gesteld. Den regel: *locus regit actum* schijnt men in de Vereenigde Staten te dezen niet te kennen. Door de vergadering werd een ontwerp van eene wet, bevattende een formulier voor deze verklaringen, vastgesteld en aan alle Staten ter aanneming aanbevolen.

Omtrent *wissels* en *promessen* werd besloten, de afschaffing van de respijtdagen, waaromtrent de wetten zeer uiteenloopen, aan te bevelen, alsmede eene bepaling, dat alle wissels en promessen, die op een Zondag of een wettelijken vacantiedag vervallen, betaalbaar zijn en ter betaling aangeboden kunnen worden op den eerstvolgenden werkdag.

Naar de wetgeving van vele Staten geldt ook voor *testamenten*, houdende beschikking over onroerend goed, de regel *locus regit actum* niet; om geldig te zijn moeten ze worden opgemaakt overeenkomstig de wet van het land, waarin het goed ligt. Testamenten houdende beschikking over roerend goed zijn daarentegen geldig, wanneer zij zijn opgemaakt, hetzij volgens de wet van de woonplaats van den erflater, hetzij volgens die van de plaats, waar het testament wordt gemaakt. Uit deze verschillende behandeling van het testament naar gelang van den inhoud ontspruit groote verwarring. De vergadering adviseerde tot aanneming van de volgende wetsbepaling: «Een uiterste wil gemaakt buiten den Staat, zal, wanneer hij is gemaakt in den vorm voorgeschreven door de wet, hetzij van de plaats waar hij wordt opgemaakt, hetzij van de woonplaats des testateurs, geacht worden wettig te zijn gemaakt, en van dezelfde kracht zijn en hetzelfde gevolg hebben als ware hij gemaakt in den vorm voorgeschreven door de wetten van den Staat, mits de uiterste wil geschreven en door den testateur onderteekend zij.»

Omtrent het *huwelijk* bepaalde de vergadering zich tot het uitspreken van de volgende wenschen:

1°. «dat de leeftijd, waarop een huwelijk kan worden gesloten, verhoogd worde tot 18 jaren voor mannen en 16 jaren voor vrouwen» (tegenwoordig in vele Staten: 14 jaren voor jongens en 12 jaren voor meisjes!);

2°. «dat bij de wet voor het sluiten van een huwelijk eenige ceremonie of formaliteit, of eene schriftelijke door partijen geteekende en door een of meer getuigen gewaarmerkte akte worde gevorderd, met dien verstande, dat in alle Staten, waar thans het zoogenaamde *common-law*-huwelijk of het huwelijk zonder ceremonie, als geldig erkend wordt, dergelijk huwelijk voortaan niet meer geldig zal zijn, tenzij daarvan blijke door een schriftelijk stuk, geteekend door partijen en gewaarmerkt door ten minste twee getuigen.» In de grootste helft der Staten wordt het *common-law*-huwelijk erkend. Daaronder wordt verstaan een huwelijk aangegaan zonder eenige ceremonie; getuigen zijn niet noodig, slechts de toestemming van beide partijen om man en vrouw te worden is vereischt. Het aangaan van het huwelijk kan worden bewezen door alle middelen, ook door vermoedens, ter beoordeeling van den rechter of de jury. Terecht wordt deze toestand gebrandmerkt als een schandvlek voor een beschaafd land.

Tot niet minder schandalen geeft de wetgeving op de *echtscheiding* aanleiding. De vergadering besloot, dat naar haar oordeel een eisch tot echtscheiding niet behoort te worden toegewezen, tenzij de gedaagde woont in den Staat, waarin de vordering is ingesteld, of aldaar woonde toen de oorzaak der vordering ontstond, of wel aan den gedaagde persoonlijk de dagvaarding is beteekend, of hij vrijwillig voor den rechter is verschenen. De bedoeling dezer bepaling is te voorkomen, dat een vonnis van echtscheiding wordt verkregen buiten weten van de tegenpartij, een misbruik waartoe ook onze wet den man in de gelegenheid stelt.

Eene tweede vergadering zou op 15 en 16 November l.l. te New-York worden gehouden.

B. Diversa.

Bij gelegenheid van de Columbusfeesten werd 26 September—3 October 1892 te Genua een internationaal congres van zee-recht gehouden.

Het Congres was verdeeld in vier secties. In de eerste hield men zich bezig met de *rechtspersoonlijkheid der schepen* (rapporteur Picconi). Daaromtrent werd besloten:

1. Ieder schip wordt beschouwd als een rechtspersoon met aansprakelijkheid beperkt tot het scheepsvermogen. — De verzekeringsom maakt deel uit van het scheepsvermogen.

2. De reeder beheert het schip en vertegenwoordigt het eischende en verwerende in rechte.

Reeder is de eigenaar of degene die door de meerderheid der scheepsporties is verkozen. — De hoedanigheid van reeder moet blijken uit het scheepsregister en den zeebrief. — De reeder is persoonlijk aansprakelijk voor het nakomen der vormen, door de nationale wet voorgeschreven voor de verbintenissen van het schip.

3. Indien het schip niet in staat is, zijne schulden te voldoen, is de reeder verplicht bij de rechtbank van de plaats, waar het schip is ingeschreven, een staat der baten en lasten van het schip in te leveren ten einde daarvan de vereffening te verkrijgen volgens de plaatselijke wet. — De rechtbank roept de schuldeischers bijeen ten einde een curator te benoemen. — Ieder scheepsschuldeischer kan de vereffening vragen.

4. De schepelingen verliezen hunne aanspraak op de verdiende gage alleen dan wanneer te hunnen laste schuld of nalatigheid wordt bewezen.

5. Vooruitbetalingen en voorschotten op de vracht moeten in het cognossement worden aangeteekend.

Onderwerp van behandeling in de tweede sectie maakten de *avery-grosse* en het *cognossement* uit (rapporteur Prof. Berlingieri). Verschillende wijzigingen en aanvullingen van de York-Antwerp Rules van 1890 en het Hamburg-Bremer-cognossement van 1886 werden vastgesteld.

Over de *meervoudige verzekeringen* en het *abandonnement* werd in de derde sectie beraadslaagd (rapporteur Delpino). Wat de meervoudige verzekeringen betreft werd aanvaard het stelsel, ook in het Nederl. Wetboek van Koophandel opgenomen, van de geldigheid der verzekeringen naar tijdsorde. Omtrent het recht van abandonnement werd de wenschelijkheid het te handhaven uitgesproken, maar tevens beslist, dat het abandonnement wegens beschadigdheid van meer dan drie-vierde der waarde behoorde te vervallen.

Eindelijk hield de vierde sectie zich bezig met de *aanvaring*, *hulpverleening* en *berging* (rapporteur Prof. Cogliolo). Het

eerste besluit omtrent dit onderwerp luidt: «Voor de berechting van zaken van aanvaring, berging, hulpverleening en wat daarmede samenhangt, wordt ingesteld eene internationale rechterlijke macht tusschen de contracteerende Staten, behoudens de rechtsmacht van den gewonen rechter indien de partijen zich daaraan onderwerpen.» De verdere besluiten betreffen de inrichting dier rechterlijke macht en enkele quaesties van materiëel recht.

In eene algemeene zitting van het Congres werden de besluiten der verschillende secties nagenoeg onveranderd goedgekeurd.

De tekst der genomen besluiten is opgenomen in *Il diritto commerciale*, dl. 10, kol. 927 vlg.; een verslag van de werkzaamheden van het congres, uitgebracht door H. Fromageot, in het *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1893, bl. 81 vlg.; een ander van L. v. Peborgh, in het *Journal du droit international privé*, 1893, bl. 79 vlg.

Zeer belangrijk voor hen, die zich op dit oogenblik hier te lande bezig houden met de vraag der «hervorming van ons zakelijk recht», gelijk wijlen Prof. Gratama het noemt op den titel zijner niet genoeg aan te bevelen verhandeling, zijn de notulen der Fransche extraparlementaire Kadastercommissie, voornamelijk die der *sous-commission juridique*.

Vóór mij liggen (door de welwillendheid van den heer A. C. W. van Woerden) twee lijvige folio-deelen onder den titel: *Ministère des finances. Commission extraparlementaire du cadastre instituée* etc. *Procès-verbaux*, *fasc.* n°. 1 (412 pp.) *et* n°. 2 (688 pp.). De verhandelingen loopen tot Aug. 1892. Belangrijke besluiten zijn reeds genomen, zoo o. a. in de negende zitting: *il y a lieu d'établir des Livres fonciers*; en in de vier-en-twintigste zitting: *les droits des tiers qui ont traité sur la foi d'une inscription, sont opposables au vrai propriétaire*, waarmede deze andere beslissing (zelfde zitting) concurreert: *l'inscription met l'acquéreur à l'abri de toute action fondée sur un droit non inscrit*. Merkwaardig is het, dat men deze beslissingen neemt, geheel onafhankelijk van de vraag of men over een rechtsgeldig Kadaster te beschikken zal hebben, en van de niet minder belangrijke vraag, of men den grondeigendom zal mobiliseeren. Wat het eerste punt betreft, schuwt men klaarblijkelijk de kosten, waarop een rechtsgeldig kadaster te staan komt; wat het tweede aangaat, is men bevreesd, de circulatie al te gemakkelijk te maken. Wellicht wordt de algemeene stemming het best weergegeven met de woorden van den advocaat Vavasseur (*fasc.* n°. 2 p. 126 sv.):

«Je crois qu'il faut aller,.... jusqu'à l'établissement du Livre foncier, avec une immatriculation probante, et il est indispensable que cela soit si l'on veut assurer la stabilité de la propriété....

«Mais, si je me rallie au principe du Livre foncier, je ne crois pas qu'il faille aller jusqu'aux bons fonciers de Prusse et aux cédules hypothécaires de l'an III..... Je ne vois pas quelle utilité il y aurait à faciliter la circulation rapide des propriétés immobilières; je ne serais pas d'avis d'établir une sorte de Bourse immobilière et de rendre possible la mise en portefeuille, comme on l'a dit, des immeubles....

«Il y a une autre question importante, c'est celle du cadastre... Je ne crois pas que les deux opérations, le cadastre et le Livre foncier, soient liées l'une à l'autre. Si cela était, j'en serais fâché, parce qu'il y aurait certainement un grand retard apporté à l'établissement des Livres fonciers. Le bornage général peut en effet coûter des millions et dûrer des années, ce qui pourrait faire ajourner l'autre opération.»

Daar de commissie uit de meest verschillende elementen is samengesteld, staatslieden, professoren, advocaten, belastingambtenaren, notarissen en nog veel meer specialiteiten der theorie en der praktijk, vindt men nergens wellicht veelzijdiger toelichting van het belangrijke vraagstuk dan in deze Handelingen.

J. C. N.

Reeds meer dan eenmaal (zie *Rechtsgel. Magazijn*, 1885, bl. 70; 1889, bl. 474) deden wij blijken van onze ingenomenheid met het *Repertorium van de Nederlandsche jurisprudentie en rechtsliteratuur*. Omtrent den onlangs verschenen Jaargang 1892 (Heusden, L. J. Veerman, 1893) kunnen wij, tot ons leedwezen, dergelijk gunstig oordeel niet herhalen; integendeel, de uitvoering geeft ons zeer ernstige grieven in de pen. De druk laat ditmaal veel, de correctie nagenoeg alles te wenschen over. Vooral over het laatste denke men niet te licht. Bij een werk als het onderhavige moet aan de correctie de uiterste zorg worden besteed; immers van eene nauwkeurige, aan de strengste eischen voldoende correctie hangt de betrouwbaarheid van het werk af. Bij den Jaargang 1892 is dit geheel uit het oog verloren. Enkele voorbeelden ten bewijze:

nr. 8910: J. *Gerritse*, voor: J. *Gerritzen*;
» 8986: Teixeira d'*Aurade*, voor: Teixeira d'*Andrade*;
» 8988: Ch. de *Auéken*, voor: Ch. de *Quéker*;

nr.	9498:	M. v. H. *IX*,	voor: M. v. H. *IV*;
»	9507:	W. 5249,	voor: W. 6239;
»	9809:	art. 1232 B. W.,	voor: art. 1132 B. W.;
»	9916:	*W. J. van Bahl*,	voor: *Mr. Joan Bohl*;
»	10013:	W. 6413,	voor: W. 6143;
»	10063:	*Baat*,	voor: *Boot*;
		W. 6235,	voor: W. 6135;
		Heimskenner,	voor: *Heinsheimer*;
		van Ruth,	voor: *von Roth*,
		benevens eenige kleinere fouten;	
»	10085:	16 *Jan.*,	voor: 16 *Juni*;
»	10368:	*Teling*,	voor: *Telting*;
»	10885:	T. v. Sr. *IV*,	voor: T. v. Sr. *VI*;
»	10976:	*Burg*,	voor: *Bing*;
»	11047:	2 April 1802,	voor: 2 April 1892;

enz., enz.

Wij vertrouwen, dat de Heer Veerman zich zal beijveren, een volgend jaar in de uitvoering de noodige verbeteringen aan te brengen om te voorkomen, dat zijne uitgave waardeloos wordt.

In de *Navorscher* van Febr. 1893 doet de Heer J. F. van Someren, bibliothecaris aan de Universiteits-bibliotheek te Utrecht, mededeeling van eene inkomstenbelasting, vastgesteld door de Staten van Henegouwen in hunne vergadering te Bergen op 15 en 20 Aug. 1577. Hoewel wij, naar het ons voorkomt, eigenlijk niet met eene belasting te doen hebben — immers het gold hier eene heffing voor eenmaal, den omslag over de bevolking van Henegouwen van het aandeel der Staten van Henegouwen in eene som van *f* 2.780.000 door de Staten van Brabant; Vlaanderen; Holland; Zeeland; Artois; Henegouwen; Valenciennes; Rijssel, Douay en Orchies; Namen; Doornik; Tournesin; Mechelen, den Koning van Spanje ten behoeve van den oorlog toegestaan — en hoewel deze heffing ook niet geschiedde naar het inkomen, maar veeleer het karakter had van een hoofdgeld en dan ook *aide personnelle* werd geheeten, zoodat de naam inkomstenbelasting minder juist moet worden geacht — is het plan, waarnaar de heffing werd ingericht, toch merkwaardig genoeg, om onze aandacht te verdienen. Het verraadt een ernstig streven om met de draagkracht der burgers rekening te houden, waartoe binnen zekere grenzen ook op het inkomen werd gelet.

INHOUD VAN BINNEN- EN BUITENLANDSCHE RECHTSGELEERDE TIJDSCHRIFTEN.

Themis, dl. 54, n°. 1. — v. Reeken, uitoefening van private rechten op zaken met eene publieke bestemming. — Hijmans, Nederland en de algemeene Postvereeniging. — Eyssell, erfpacht. — Kruseman, verkoop onder openbare controle der Rijkslandbouw-proefstations. — v. d. Does, is de verplichte vertegenwoordiging in rechten af te keuren? — v. Geuns, eenige opmerkingen over onze krankzinnigenwet.

Tijdschrift voor Strafrecht, dl. 7, afl. 2. — Tieboel van den Ham, de regel: «Volenti non fit injuria» ten aanzien van klachtdelicten. — Tak, lijkenroof. — van Hamel, het 3e Congres voor Crimineele Anthropologie. — Tak, verkiezingsmisdrijven.

Revue de droit international, dl. 25, n°. 1. — Kleen, le droit de la contrebande de guerre, I. — Nys, la théorie de l'équilibre européen, I. — Westlake, le conflit anglo-portugais, III.

Journal du droit international privé, 20e année, nos. 1/2. — Pillet, le droit international privé. Sa définition son origine rationnelle, son domaine, ses conditions générales et son but. — Diena, des conflits de législation à l'égard des délits commis à l'étranger, notamment au point de vue de la législation italienne. — Salem, de la compétence des tribunaux ottomans à l'égard des étrangers. — v. Péborgh, le congrès international de droit maritime de Gênes. — Wood Renton, de la protection internationale des inventions en Angleterre. — Wendt, renseignements pratiques sur l'organisation et le fonctionnement de la Cour d'amirauté anglaise.

Zeitschr. f. internationales Privat- u. Strafrecht, Bd. 3, H. 2. — Flaischlen, die Zappa'sche Angelegenheit im Lichte des internationalen Rechts. — Delius, die Auslieferung Wehrpflichtiger, insbesondere aktiver Militärpersonen. — Silberschmidt, eheliches Güterrecht und Erbrecht.

The Law Magazine and Review. — N°. 286, Nov. 1892. Miller and Garth, letters to the editor on «judicial inde-

pendence in India». — Pain, the law as to perpetuities. — Monnier, private international law of divorce: V. foreign divorce. — Raikes, foreign maritime laws: IV. Sweden. — Beven, rights of railway passengers. — Gover, current notes on international law. — N°. 287, Febr. 1893. — Garth, the proposed abolition of trial by jury in Bengal. — Dacosta, a recent criminal prosecution in Bengal. — Monnier, private international law of divorce: V. foreign divorce. — Uttley, the margarine laws. — Raikes, foreign maritime laws: III. Portugal. — Gover, current notes on international law.

Jherings Jahrbücher f. d. Dogmatik des Privatrechts, Bd. 32, H. 1/2. — Prospekt. — Merkel, Jhering †. — v. Jhering, der Besitz. — Henrici, über den § 267 des Entwurfes des bürg. GB. f. d. deutsche Reich. — Wendt, in Sachen des Real-Verbalkontraktes.

Zft. f. d. Privat- u. öffentl. Recht d. Gegenwart, Bd. 20, H. 3. — v. Hussarek, die familienrechtliche Alimentation nach österreich. Rechte.

Archiv f. d. civilistische Praxis, Bd. 80, H. 2. — Kohler, Ungehorsam und Vollstreckung im Civilprozess. Civilprozessuale Beiträge. — Hergenhahn, befreit das Armenrecht von der Vorauszahlung der Verpflegungskosten, welche durch die Haft zum Zwecke der Zwangsvollstreckung entstehen?

Schmoller's Jahrbuch f. Gesetzgebung usw., Jg. 16, H. 4, u. A. — Simonson, der Entwurf eines Checkgesetzes.

Gerichtssaal. — Bd. 47, H. 4/6. v. Buri, Schuld und Strafe. — Zucker, noch ein Wort zur Frage der sogenannten bedingten Verurtheilung. — Stenglein, die Regelung der Geldstrafe nach den Berathungen der internationalen criminalistischen Vereinigung. — Ortloff, Staat und Gesellschaft in der Strafrechtspflege. — Brodmann, über den Begriff der Urkunde. — Zucker, einige Bemerkungen über die Reformbedürftigkeit der heutigen Voruntersuchung mit besonderer Berücksichtigung des geltenden österreich. Strafprocessrechtes. — Bd. 48, H. 1. v. Bülow, Nachtrag zu der Abhandlung: «über den Schutz der Ehre usw.» (vgl. Gerichtssaal, Bd. 46). — Heinemann, über den Werth des statistischen Beweises vom Missbrauch «kurzer» Freiheitsstrafen. — Schmitz, Anstiftung zum Unternehmen der Verleitung zum Meineide; ein praktischer Fall. — Fuld, die strafrechtlichen Vorschriften des Telegraphengesetzes. — H. 2/3. Reichart, der strafbare

Bankerott (historischer Theil). — Böhmer, die gesetzliche Regelung des Strafvollzugs. Gutachten für die Versammlung der deutschen Strafanstalts-Beamten. — Mumm, die Beschimpfung des Andenkens eines Verstorbenen (§ 189 St. G. B.). — Mau, ein Rechtsfall.

Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswissenschaft, Bd. 13, H. 3/4. — v. Liszt, die deterministischen Gegner der Zweckstrafe. — Heinemann, zur Dogmengeschichte des Rechtsirrthums. — Eisenmann, die Grenzen des strafbaren Versuchs. — Schmölder, zur lex Heinze.

Revue sociale et politique, 3e année, n°. 2. — Keller, l'impôt sur le revenu en Prusse. — Bridel, le mouvement féministe et le droit des femmes.

Nouvelle Revue historique du droit franç. et étr., 17e année. — N°. 1. Reinach, la représentation en matière de successions féminines dans le droit égyptien, grec et romain. — Denisse, recherches sur l'application du droit romain dans l'Egypte, province romaine (suite). — Stouff, le régime colonger dans la Haute-Alsace et les pays voisins. — N°. 2. Esmein, la nature originelle de l'action *rei uxoriae*. — Thibault, la *lucrativa descriptio*, impôt sur les successions dans l'ordre des Décurions. — Trévédy, organisation judiciaire de la Bretagne avant 1790.

Revue crit. de législation et de jurisprud. — 41e année, nr. 11. Examen doctrinal (Brémond, jurisprudence administrative). — Gauckler, les tendances nouvelles du droit pénal et le troisième Congrès d'anthropologie criminelle. — N°. 12. Examen doctrinal (Massigli, jurisprudence civile). — Typaldo-Bassia, de la loi du 26 mars 1891, relative à l'atténuation et à l'aggravation des peines. — 42e année, n°. 1. Examen doctrinal (Gardeil, jurisprudence criminelle). — Bangillon, du paiement des legs *ultra vires;* influence sur cette question de la loi du 9 mars 1891. — Chesney, de l'action civile et, plus particulièrement, de la prescription de cette action. — N°. 2. Examen doctrinal (Charmont, jurisprudence civile). — Bureau, des demandes reconventionnelles dans les instances en séparation de corps ou en divorce — IJseux, nature du droit du preneur dans le contrat de louage. — Bouvier, la folie et la prodigalité en droit romain, à propos d'un livre récent.

Annales de droit commercial. — 7e année, n°. 1. Vivante, un code unique des obligations. — Saleilles, les théories

allemandes sur les droits qui, au cas de contrat synallagmatique, appartiennent à la partie poursuivie en paiement lorsque son adversaire, de son côté, n'exécute pas ses engagements (suite). — Chronique de législation, etc. (Davis, Angleterre 1891/92). — N°. 2. Wahl, étude sur l'augmentation du capital dans les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions, I. — Saleilles, les théories allemandes etc. (suite). — Chronique de législation, etc. (Nessi, Suisse 1892).

Archivio Giuridico. — Vol. 49, fasc. 6. Vaturi, la teorica dell'operis novi nuntiatio nel diritto romano. — Tamassia, le nozze in Omero. — Sraffa, giurisprudenza commerciale controversa. — Vol. 50, fasc. 1. Capone, saggio di ricerche sulle vicende della proprietà e sulla origine storica del possesso in Roma, I. — Massa, i contratti in favore o a carico dei terzi secondo il diritto romano, I. — Giannini, studi sulle contravenzioni, buona fede od ignoranza di legge? — Fasc. 2. Rignano, dei doni manuali alle istituzioni di beneficenza. — Capone, saggio di ricerche sulle vicende della proprietà e sulla origine storica del possesso in Roma, II. — Patetta, glosse di diritto canonico dell' epoca Carolingia. — Rodino, capacità giuridica delle associazioni di mutuo soccorso non riconosciute, ed in genere delle libere associazioni lecite in virtù dello Statuto fondamentale del Regno. — Massa, i contratti in favore o a carico dei terzi secondo il diritto romano, II. — Buonamici, lettera al prof. Serafini.

Il diritto commerciale, Vol. 11, fasc. 1. Rignano, della impugnativa dei bilanci della società anonime e dei resoconti delle medesime dopo la loro approvazione. — Vidari, se una società commerciale possa cedere ad altri il proprio nome. — Sacerdoti, sull' interpretazione dell' articolo 386 del Cod. di comm. — Fasc. 2. Manara, concetto fondamentale dell' art. 4 del Cod. di comm. ital. — Vidari, se i mediatori inscritti nel ruolo sieno commercianti ed elettori in materia commerciale. — Sraffa, la moratoria delle società commerciali in nome collettivo ed i suoi effetti rispetto ai soci.

The New Jersey Law Journal, Vol. 16. — N°. 2. Bradley, law as a science and its relation to other sciences. — F. A., the case of Rip van Winkle. — N°. 3. Whitesell, liability of promoters of corporations for secret profits. — Clayton, business in the United States Courts. — N°. 4. Bell, malpractice. — La Monte, barred-wire fences.

OPMERKINGEN OVER STRAF EN DELIKT,

DOOR

Mr. H. VAN DER HOEVEN,
Hoogleeraar te Leiden.

Dr. Franz von Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts.* — (Vierte durchgearbeitete Auflage, 1891.) Fünfte durchgearbeitete Auflage, 1892. — Berlin, J. Guttentag. — 710 blz. — Prijs: 10 Mark.

Enkele weken geleden, juist nadat ik mij gereed gemaakt had, om den 4den druk van von Liszt's *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts* in dit tijdschrift te gaan bespreken, verraste mij het bericht, dat de 5de reeds ter perse was. Met goedvinden van de Redactie werd toen die bespreking uitgesteld, totdat de nieuwe uitgave verschenen zou zijn.

Hoe hoog het werk allerwege en algemeen gewaardeerd wordt, blijkt uit niets zóó duidelijk en afdoende, als uit de buitengewone snelheid, waarmede de herdrukken elkander moeten opvolgen. De 1e uitgave is van 1881, de 2e van 1884, de 3e van 1888, de 4e van 1891 en de 5de van 1892.

Op de tweede uitgave werd door mij in den 5den jaargang (blz. 1—39), op de derde door Mr. D. Simons in den 8sten jaargang (blz. 137—150) van dit *Magazijn* de aandacht der Nederlandsche juristen gevestigd. Van de destijds aangewezen voortreffelijke eigenschappen heeft het boek in zijn 4en en 5en druk niets verloren. Veeleer heeft het hier en daar in helderheid, in scherpte van formuleering, in volledigheid, in aantrekkelijkheid van vorm nog voortdurend gewonnen; en zeer talrijk zijn de bladzijden of gansche paragrafen, die de duidelijke bewijzen dragen, hoe de nieuwe uitgaven telkens met de grootste zorg „durchgearbeitet" werden.

Eene aanwijzing, in hoever de 4e druk van den 3den, in

hoever weer de 5e van den 4den verschilt, zou — zoo meende ik — wel niemand te dezer plaatse verwachten, noch verlangen. Waartoe zou zij noodig of nuttig zijn?

Zou ik dan eenvoudig von Liszt's leerboek opnieuw meer of minder uitvoerig gaan aanprijzen? Zou ik wederom het gebruik daarvan, mits onder betrachting van die behoedzaamheid, welke bij de raadpleging van elk vreemd leer- of handboek van het strafrecht een eerste vereischte is, aan onze criminalisten met warmte aanbevelen? Het eene zou even overbodig zijn als het andere. Het boek toch heeft te onzent de daaraan toekomende plaats reeds in veler boekerijen gevonden; — het wordt vlijtig geraadpleegd; — op het gezag van von Liszt beroepen zich èn het Openbaar Ministerie in de toelichting zijner vorderingen of conclusiën, èn de verdediging in hare pleidooien; — ook daarentegen wordt meermalen met volkomen juistheid betoogd, dat zekere uitspraken van onzen Schrijver, welker juistheid voor het Duitsche recht niet betwist wordt, voor *ons* recht, wegens zijn daarvan afwijkenden inhoud, onmogelijk kunnen worden overgenomen.

Kan ik mij dus thans van eene aankondiging, van eene algemeene beoordeeling of bespreking van von Liszt's werk veilig onthouden, wel kan het zijn nut hebben, dat ik bij enkele voorname, door hem verkondigde stellingen eenige oogenblikken stilsta. Niet echter, om te doen blijken, dat ik ten aanzien van menig leerstuk zijn gevoelen niet kan deelen. Immers, ik zou bijna zeggen: dàt spreekt van zelf. Op 't geheele gebied van het strafrecht toch is er bezwaarlijk één enkel leerstuk aan te wijzen, waarover de criminalisten het onderling ééns zijn! En ik zou mij zelfs niet gaarne verplicht zien, al de stellingen van den door mij zoo hoog gewaardeerden Schrijver, met welke ik mij niet kan vereenigen, aan te wijzen, veel minder nog de gronden voor dit meeningsverschil uiteen te zetten. Ik bepaal mij dus tot enkele van zijne beschouwingen aangaande sommige hoofdbeginselen en grondbegrippen van het strafrecht, —

beschouwingen, die — naar mij voorkomt — om der wille van hare verre strekking en werking, een afzonderlijke bespreking verdienen. Van mijn te dien opzichte van het zijne afwijkend gevoelen wensch ik in de volgende bladzijden kortelijk rekenschap te geven.

Ik begin met het begin.

Het door den Schrijver „völlig umgearbeitete" eerste hoofdstuk der Inleiding vangt hij aan met het betoog, dat de strafrechtswetenschap in haar geheel uit twee onderscheidene, doch onderling nauw verwante onderdeelen bestaat: 1°. het Strafrecht, hetwelk delikt en straf van een juridisch standpunt beschouwt en waarmede het Leerboek zich uitsluitend bezighoudt; en 2°. de Strafrechtspolitiek, die het delikt en de straf beziet van den maatschappelijken kant.

Het daarop volgend gedeelte nu, gewijd aan de bespreking der zoogenaamde strafrechtstheorieën, naar aanleiding van welks vroegeren inhoud Mr. Simons en ik ons in onze zoo even vermelde aankondigingen ettelijke bedenkingen hadden veroorloofd, heeft eene nieuwe bewerking ondergaan. Het is mij echter ook thans nog niet mogelijk, algeheele instemming en ingenomenheid met des Schrijvers wijze van bewerking en met zijn gedachtengang te dezen te betuigen.

Al dadelijk lijkt mij „die *eigenartige* Aufgabe des Strafrechts" niet accuraat, niet volledig aangeduid, wanneer von Liszt ze omschrijft als: „der verstärkte Schutz besonders schutzwürdiger und besonders schutzbedürftiger Interessen". Een aan het strafrecht in 't bijzonder eigen karakter, een speciaal kenmerk, eene eigenaardige roeping van het strafrecht is in die beveiliging op zich zelve niet gelegen, want de strafbaarstelling en de tenuitvoerlegging der straf zijn niet — gelijk hij verder zegt — „das Mittel zu diesem Zweck", doch slechts één of — wil men — twee van de vele middelen, om dat doel te bereiken. Datzelfde doel toch wordt beoogd door onderscheidene zoo preventieve als repressieve politie-maatregelen: verbod, sluiting of uiteenja-

ging van eene vergadering, verbod van samenscholingen, vernietiging van gevaarlijke voorwerpen, voorkoming van drankmisbruik, enz.; ja men kan zelfs met recht beweren, dat ook de verklaring eener landstreek of stad in staat van beleg met geen ander oogmerk geschiedt, dan om eene meer krachtdadige bescherming te verzekeren aan eene reeks van belangen, die zulk eene bijzondere bescherming verdienen en behoeven.

Wordt alzoo den eerstbeginnende, die het *Lehrbuch* werkelijk als *leer*boek gebruikt, door de aanwijzing van die enkele „Zweckbestimmung" het wezen van de straf zeker niet volkomen duidelijk gemaakt, aangaande hetgeen hij door „delikt" of „strafbaar feit" („Verbrechen" in den ruimen zin van dit woord) heeft te verstaan, blijft hij voorloopig nog geheel in 't duister verkeeren. De algemeene beschouwingen over delikt en straf, aanvankelijk in de eerste paragrafen opgenomen, zijn gaandeweg naar achteren, naar de hoofdstukken over „Verbrechen" en „Strafe" verhuisd. Mij komt het voor, dat de vroegere methode boven de laatstelijk gevolgde de voorkeur verdient. In dadelijke aansluiting aan zijne op blz. 1 en 2 gegeven definitie van het Strafrecht als: „der Inbegriff derjenigen staatlichen Vorschriften, durch welche die *Strafe* als Rechtsfolge an das *Verbrechen* als Thatbestand geknüpft wird", had de Schrijver m. i. terstond, zij 't dan ook hier nog slechts in algemeene trekken, behooren te vermelden, wat men door „Verbrechen", en wat men door „Strafe" heeft te verstaan, en hij had daarmede niet — gelijk hij gedaan heeft — moeten wachten, totdat hij op blz. 119 en 247 die begrippen nader in bijzonderheden gaat onderzoeken, uitleggen en ontleden.

Terwijl de lezer alzoo nog volstrekt niet weet, wat eigenlijk Straf in den juridischen zin is, wordt hem door den Schrijver in bijzonderheden aangewezen, waarin „die Wirkungen des Strafzwanges" bestaan, en wel in dezer voege:

Ligt in de *strafbaarstelling* (strafbedreiging) op zich zelve reeds eene algemeene waarschuwende en afschrikkende kracht,

hare eigenaardige werking ontwikkelt de straf vooral in hare tenuitvoerlegging. Deze toch heeft vooreerst een weldadigen invloed, doordat zij de burgers in het algemeen van het plegen van delikten weerhoudt: niet alleen worden zij, die booze neigingen hebben, van het begaan van misdrijven afgeschrikt, maar ook wordt door het behoud der rechtsorde de goede gezindheid der burgers versterkt en verzekerd. Een tweede heilzaam gevolg heeft de straftoepassing, namelijk ten aanzien van den door het delikt benadeelde, wien zij de voldoening geeft, dat het hem aangedane kwaad niet onvergolden blijft. Hoofdzaak is echter de uitwerking, die het ondergaan der straf heeft op den misdadiger zelven.

Bij de beschouwingen des Schrijvers in dit laatste opzicht, wensch ik meer bepaaldelijk stil te staan.

Die uitwerking kan volgens hem drieërlei zijn. Al naar gelang toch van het leed, dat als straf wordt ondergaan, kan de strafexecutie haar voornaamsten invloed op den misdadiger oefenen:

a). door afschrikking;

b). door verbetering;

c). door onschadelijkmaking voor korteren of langeren tijd.

Is alzoo het beoogde effect der straf drieërlei (let wel, niet drievoudig), evenzoo kunnen volgens von Liszt de misdadigers worden onderscheiden in drie klassen:

1). gelegenheidsmisdadigers;

2). aankomende, doch nog niet geheel verdorven gewoonte-misdadigers;

3). onverbeterlijke gewoonte-misdadigers.

Inhoud en omvang der straf nu in een bepaald geval zullen in hoofdzaak afhankelijk moeten zijn van het daarmede beoogde effect op den misdadiger. De strafrechtspolitiek toch eischt, dat zoo volledig mogelijk van de geschiktheid der straf, om als middel tot het bereiken van het doel (beveiliging) te dienen, partij worde getrokken, en dat dus naar de behoeften van het speciale geval haar vorm en aard worden geregeld.

Door nu eenvoudig telkens *één* der drie hierboven aangeduide werkingen van de straf te bestemmen voor *één* der drie voormelde klassen van misdadigers, komt von Liszt tot deze drie combinatiën, dat de straf moet dienen:

I). om de gelegenheidsmisdadigers af te schrikken;

II). om aankomende, doch nog niet geheel verdorven (alzoo voor verbetering vatbare en verbetering behoevende) gewoontemisdadigers te verbeteren;

III). om onverbeterlijke gewoontemisdadigers voor zoo lang mogelijk (vgl. *c.* hierboven) onschadelijk te maken.

Het betoog heeft, door de schijnbaar scherpe formuleering dezer slotsom, op het eerste gezicht iets aanlokkelijks, iets dat doet gelooven aan een flink sluitend, logisch systeem. Bij nadere beschouwing blijkt evenwel, dat die formules ons niet veel verder brengen.

Wat vooreerst de classificatie der misdadigers in drie categorieën betreft, op papier is die gemakkelijk genoeg terneergeschreven, maar de praktijk, de werkelijkheid (en dáárom alleen moet 't ons toch te doen zijn) is daarmede weinig gebaat. Waaraan zal men kunnen onderscheiden, of men te doen heeft met een gelegenheidsmisdadiger of met een aankomenden gewoontemisdadiger? Zeker, in enkele gevallen zal het wel mogelijk zijn te constateeren, dat het plegen van het delikt alleen te wijten is aan zeer bijzondere omstandigheden, zonder welke de dader vermoedelijk nooit met de justitie in aanraking gekomen zoude zijn; in enkele andere gevallen zal, bijv. uit de wijze waarop het misdrijf volvoerd is, met voldoende zekerheid zijn af te leiden, dat het plan tot de wandaad is ontsproten uit een verdorven, doch vermoedelijk nog wel voor verbetering vatbaar gemoed. Echter zullen de gevallen, waarin werkelijk blijkt, tot welke van de beide klassen de misdadiger behoort, altoos slechts uitzonderingen blijven. Gemeenlijk zal dienaangaande, ook bij nauwkeurig onderzoek, volslagen onzekerheid blijven bestaan. Maar bovendien, de beide rubrieken zijn niet streng van elkander af te scheiden: de

waarheid, dat „de *gelegenheid* den dief *maakt*", geldt niet enkel voor de zoogenaamde gelegenheidsmisdadigers, maar dikwerf ook voor verbeterbare gewoontemisdadigers; soms zelfs voor zoogenaamde onverbeterlijken. Bérard des Glajeux verzekert ons, dat „*Papavoine*, Mme *Lafarge*, le docteur *la Pommeraye*, *Tropmann*, les *Fenayrou* n'avaient jamais été poursuivis en justice; ils passaient sans transition de l'honnêteté la plus complète à l'état criminel; mais entre „„cet état et cet état"", comme disait Bossuet, un fait considérable s'était produit, la prise de possession de ces intelligences jusqu'alors inoffensives, presque innocentes, par une passion coupable [eene veelvuldig voorkomende „gelegenheid"] qui les avait perdues." Zij waren „gelegenheidsmisdadigers"; maar tegelijk (zie van Hamel, in *Tijdschr. v. Strafrecht*, VII, blz. 174) „onverbeterlijken".

Trouwens, om nu maar bij deze derde rubriek te blijven, wie zal ooit durven verklaren, dat een misdadiger is onverbeterlijk, d. i. onvatbaar voor verbetering? Met zekerheid kan dit ten aanzien van niemand ter wereld worden beslist. Eigenlijk wordt dan ook door von Liszt iets gansch anders bedoeld en bedient hij zich van eene terminologie, welker onjuistheid en onnauwkeurigheid door nagenoeg iedereen, die zich er van bedient, ook door hem zelven, wordt erkend; reden te meer om ze, vooral in een leerboek, te vermijden. Raadplegen wij, op uitnoodiging van onzen Schrijver, de *Mitteilungen* der Internationale Vereeniging voor Strafrecht, aan wie wij wel niet de uitvinding van den term „onverbeterlijken" te danken hebben, maar die hem toch meer algemeen in de mode bracht, dan kunnen we niet anders dan ons verbazen over de hardnekkigheid, waarmede ook von Liszt (en zoo velen met hem) aan het gebruik van dat misleidende woord blijft vasthouden.

De vraag, op welke wijze het begrip van „onverbeterlijke gewoontemisdadigers" in de wetgeving moest worden omschreven, en welke maatregelen tegen deze rubriek van personen aanbeveling zouden verdienen, werd behandeld in

de tweede algemeene vergadering der genoemde Vereeniging (Augustus 1890 te Bern).

De eerste praeadviseur, Prof. von Lilienthal, begon met in de vergadering te erkennen, dat in de gestelde vraag gedoeld wordt op hen, die naar alle waarschijnlijkheid („voraussichtlich") door de middelen, die de Staat te zijner beschikking heeft, niet tot wijziging van hunne anti-sociale gedragingen kunnen worden gebracht.

De tweede praeadviseur, Prof. Leveillé, ving wel is waar aan met de apodictische verklaring: „Il existe des criminels incorrigibles". Doch onmiddellijk daarna erkende ook hij, dat het woord „onverbeterlijkheid" niet in absoluten zin moet worden opgevat, aangezien verbetering altoos, tot de laatste ure toe, mogelijk blijft.

Van alle redenaars, die vervolgens aan het debat hebben deelgenomen, was er geen enkele, die het woord „onverbeterlijkheid" in zijne ware, eenvoudige, negatieve beteekenis wilde opvatten: Uppström „ne peut se décider à adopter la notion de l'incorrigibilité absolue pour autant qu'il s'agit d'individus sains d'esprit". — Woulfert „ne peut admettre une incorrigibilité absolue". — Prins verklaart, dat de aanleiding tot de beraadslaging is gelegen in de omstandigheid „qu 'une certaine quantité de détenus quittent la prison totalement incorrigés". — Stooss betoogt, dat sommige misdadigers onschadelijk gemaakt moeten worden, maar dat „on ne doit jamais perdre l'espoir d'amendement possible". — Forel „est également persuadé que l'incorrigibilité est une notion relative". — Fuhr beroept zich, ten bewijze dat er wel degelijk onverbeterlijken zijn, op de gerechtelijke statistiek; doch ook hij doelt dus blijkbaar op personen, die door een reeks van straffen niet verbeterd zijn. — Guillaume „ne saurait admettre l'incorrigibilité". — Foinitzky „conteste à son tour l'existence d'individus incorrigibles . . . . Une thèse partant de l'incorrigibilité est pour moi inadmissible".

Geen wonder dan ook, dat men 't over de definitie niet

eens kon worden, en dat werd besloten eene afzonderlijke commissie te benoemen, die zou trachten eene aannemelijke formule uit te denken. Doch in den boezem dier commissie bleef evenzeer verschil van gevoelen bestaan. De minderheid wenschte, dat men zich eenvoudig zou bepalen tot de verklaring: „Il y a, parmi les délinquants d'habitude, des récidivistes endurcis, à l'égard desquels il importe de rechercher des mesures de protection plus efficaces, en tenant compte plutôt de la nature du délinquant que de la conception abstraite du délit". Voorts wordt dan de aard dier maatregelen nader aangegeven. De meerderheid daarentegen bood, als antwoord op de vraag: „Wie ist der Begriff der unverbesserlichen Gewohnheitsverbrecher im Gesetze zu bestimmen?", de volgende stellingen aan:

„I). Es gibt Uebelthäter, bei denen wegen ihres *psychischen* und moralischen Zustandes [de Fransche tekst heeft: „vu leur état *physique* et moral"] die gewöhnliche Reaktion der ordentlichen Strafe nicht ausreicht.

„II). Es gehören hierzu namentlich die wiederholt Rückfälligen, welche als entartete oder gewerbsmässige Verbrecher anzusehen sind.

„III). Diese Uebelthäter sind je nach dem Grade der Entartung und der Gefährlichkeit zum Zwecke der Unschädlichmachung und *womöglich der Besserung* besondern Massnahmen zu unterwerfen."

De formule der meerderheid werd aangenomen, nadat bij afzonderlijke stemming was besloten, dat de woorden: „und womöglich der Besserung", „et à les amender, si possible" moesten worden gehandhaafd.

Volgens deze beslissing is dus een onverbeterlijke misdadiger een zoodanige, ... tegen wien bijzondere maatregelen genomen moeten worden, om hem zoo mogelijk te verbeteren!

Welk eene contradictio in terminis! Dat de Vereeniging thans hare tot dusver gevolgde terminologie moest wijzigen, ligt voor de hand. Van nu af spreekt zij van: „die

sogenannten „„Unverbesserlichen"" — „les délinquants *auxquels on donne assez généralement la dénomination* d'incorrigibles" [1]). Het denkbeeld van Felisch om eene nog nauwkeuriger uitdrukking te bezigen (hij stelde voor, „Unverbesserliche" te vervangen door „Ungebesserte"), werd door von Liszt beantwoord met de opmerking, dat de mogelijkheid van verbetering implicite door de redactie van de eerste stelling wordt erkend (*Mitt.* III, blz. 294). 't Mag waar zijn. En 't mag ook verdedigbaar zijn, dat eene vereeniging, eenmaal begonnen te beraadslagen over „onverbeterlijken", zich van dat woord blijft bedienen, ofschoon zij zelve toegeeft, dat die dusgenoemden misschien *niet* onverbeterlijk zijn. In zijn Leerboek echter mocht von Liszt dien onjuisten term niet blijven gebruiken. Niet voor de leden der Internationale Vereeniging voor Strafrecht, voor wie dat woord eene conventioneele beteekenis heeft gekregen [2]), maar „in erster Reihe für unsre Akademische Jugend", die nog alles leeren moet, schreef hij dit boek. Voor haar wordt — hij verklaart het in zijn Voorwoord — vóór alles vereischt „die Schärfe der Begriffsbestimmung"; en nu behoeft het wel geen verder betoog, dat het woord „onverbeterlijk" de noodige scherpte mist ter aanduiding van personen, die, niettegenstaande herhaaldelijk ondergane straffen, niet verbeterd, doch mogelijk toch nog wel voor verbetering vatbaar zijn.

Ben ik dus weinig ingenomen met des Schrijvers drieledige verdeeling der misdadigers, evenmin kan ik mij vereenigen met de combinatie telkens van éene der drie werkingen van de straf met éene van die drie delinquenten-groepen.

Afschrikking van den gelegenheidsmisdadiger is opperbest.

---

[1]) *Mitteilungen* III, blz. 224, 226, 294. — Het kost blijkbaar moeite, voorgoed afstand te doen van de benaming „onverbeterlijken". In zekere stellingen, waarin in den Duitschen tekst sprake is van de „*sogen.* Unverbesserlichen", wordt in den Franschen tekst nog van „les incorrigibles" gesproken. — *Ibid.* blz. 324.

[2]) Zie ook van Hamel, in *Tijdschr. v. Strafr.* VII, blz. 173.

Maar waarom *alleen* afschrikking? Waarom zou, als blijkt dat hij „besserungsfähig" en „besserungsbedürftig" is, de straf niet tevens te zijner verbetering moeten werken?

Verbetering van aankomende gewoontemisdadigers is voorzeker zeer gewenscht. Maar waarom alleen verbetering? Is het niet zeer wenschelijk, den aankomenden gewoontemisdadiger door eene zeer strenge straf ook af te schrikken van het plegen van verdere misdrijven? En is daarenboven niet waar, wat ik vroeger schreef, namelijk dat elke straf, — als zijnde eene onaangenaamheid, een gevoelig leed —, uit haren aard afschrikwekkend moet zijn?

En eindelijk de bloote onschadelijkmaking van den onverbeterlijken gewoontemisdadiger. Nu wij weten, dat niemand hunne onverbeterlijkheid in volstrekten zin durft volhouden, mag hunne verbetering natuurlijk ook nimmer uit het oog verloren worden.

Wèl beschouwd, is het bovendien niet juist, afschrikking, verbetering en onschadelijkmaking als drie effecten van de straf naast elkander te plaatsen. Met von Liszt ben ik van gevoelen, dat de straf strekt ter bijzondere beveiliging van zekere rechtsbelangen. De straf is één der door den Staat aangewende maatregelen om volgende aanrandingen of krenkingen te voorkomen, een maatregel, die wordt toegepast op een bepaalden persoon, vermits deze door zijn voorafgaand gedrag (delikt of poging) zijne gevaarlijkheid voor de rechtsorde, zijn schadelijken aard heeft bewezen. Hij moet daarom *on*gevaarlijk, *on*schadelijk gemaakt worden. Die onschadelijkmaking is niet bij uitzondering, niet slechts in enkele bijzondere gevallen (namelijk ten aanzien van zoogenaamde onverbeterlijken) het doel van den maatregel, maar de straf heeft altoos dat doel, of, juister gezegd, de maatregel zelf bestaat en bestaat altoos in onschadelijkmaking [1]). Niet als werkende oorzaak en werking staan

[1]) Dat, omgekeerd, niet elke onschadelijkmaking, zelfs van een delinquent, eene straf is; — dat en waarom de straf een gevoelig leed moet zijn, dat als zoodanig aan den delinquent wordt opgelegd; —

die twee tot elkander; maar zij zijn twee woorden voor hetzelfde begrip. Noem ik de straf een „beveiligingsmaatregel", dan bezie ik haar met 't oog op het te beschermen belang; noem ik ze „onschadelijkmaking", dan beschouw ik dienzelfden maatregel met 't oog op den misdadiger.

De Staat nu kan den misdadiger op onderscheiden manieren onschadelijk maken, namelijk door de straf zóó in te richten:

a). dat de gestrafte niet meer of niet weer **kan** delinqueeren, d. i. doordat het hem, hetzij voorgoed, hetzij tijdelijk feitelijk belet, onmogelijk gemaakt wordt (doodstraf, vrijheidsstraf, verbeurdverklaring, ontzetting van rechten, indirect ook de openbaarmaking van het vonnis);

b). dat hij niet opnieuw **durft** delinqueeren, d. i. doordat hij wordt afgeschrikt (alle straffen, met uitzondering van de doodstraf[1]));

en *c*). dat hij niet opnieuw **wil** delinqueeren, d. i. doordat hij wordt verbeterd (cellulaire opsluiting, kindergevangenis, rijkswerkinrichting).

Van de mate en den aard der gevaarlijkheid van den delinquent hangt het af, of één van deze drie manieren moet worden gevolgd, dan wel of twee daarvan of alle drie moeten worden gecombineerd. Dáárnaar moet dus de keuze der straf worden geregeld. De doodstraf werkt alleen en definitief volgens *a*; de geldboete uitsluitend volgens *b*; de hechtenis volgens *a* en *b* (althans zoo behoort het); de cellulaire gevangenisstraf, als zij behoorlijk geregeld is, volgens *a*, *b* en *c*. Dat die *dubbele* en die *drievoudige* werking der straf door von Liszt geheel ter zijde worden gelaten, zou op zich zelf, en nog afgezien van de straks vermelde

---

dat de grootte, de intensiteit van dit leed evenredig moet zijn aan de gebleken mate van gevaarlijkheid van den delinquent, dit alles kan te dezer plaatse buiten beschouwing worden gelaten.

[1]) Te allen overvloede herinner ik, dat de werking der strafbaarstelling en der executie, ten aanzien van anderen dan den delinquent zelf, hier buiten beschouwing blijft.

bezwaren, voor mij al reden genoeg zijn, om mij niet aan te sluiten bij de uitwerking of toepassing, welke hij aan het door hem voorop gestelde, ook m. i. volkomen juiste hoofdbeginsel heeft gegeven.

Bij die uitwerking roert hij nog een punt aan, waarbij ik een oogenblik wensch te verwijlen.

De strafrechtspolitiek — zoo zegt hij terecht — eischt, dat de wetgever in zijn straffenstelsel geene strafmiddelen opneme, die tot bereiking van het doel geheel ondeugdelijk zijn, „dass er also insbesondere die kurzzeitige Freiheitsstrafe, welche **in ihrer gegenwärtigen Gestalt** weder bessert noch abschreckt noch unschädlich macht, möglichst durch andere geeignetere Massregeln ersetze **oder doch durch Verschärfungen ihr die abschreckende Kraft zurückgebe.**" In de noot hierbij wordt met een enkel woord gewag gemaakt van de zoogenaamde „voorwaardelijke veroordeeling".

Voor ons, tegenstanders van deze nieuwigheid, die, aanvankelijk niet zonder rumoer aangeprezen en als redmiddel aangegrepen, thans — als ik goed zie — gaandeweg minder sympathie blijkt te bezitten, voor ons bestaat er reden, om ons te verheugen over de bijvoeging der hierboven met vette letters gedrukte woorden, die voor het eerst in de 5de uitgave van het Leerboek voorkomen. In die woorden toch lees ik de erkentenis, dat, als de korte vrijheidsstraffen niet deugen, dáárom alleen nog niet dadelijk tot hare afschaffing en tot de zeer gewaagde proefneming met de „voorwaardelijke veroordeeling" behoeft te worden overgegaan. Zijn zij in haar tegenwoordigen vorm geen gevoelig leed — en dit geldt natuurlijk vooral voor die landen, waar ze gemeenschappelijk en zonder de noodige strafverscherpingen worden ondergaan —, dan moet men allereerst trachten die strafjes door eene andere wijze van executie tot een gevoelig leed te maken. Het gevaarlijke „surrogaat" der voorwaardelijke veroordeeling zal men dan, naar mijne overtui-

ging, zeer goed kunnen missen. Verblijdend is het in ieder geval, dat de Schrijver, die zich bij zijne vroegere verheerlijking van de voorwaardelijke veroordeeling opzettelijk niet inliet met de vraag, „ob es nicht möglich wäre, die der kurzzeitigen Freiheitsstrafe unsrer Tage anhaftenden Mängel durch eine veränderte Gestaltung des Strafvollzuges zu beseitigen" (*Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtsw.*, IX, bl. 755), thans van die mogelijkheid wel degelijk overtuigd schijnt te zijn.

Iedereen weet, hoe ontzaglijk moeilijk het is, van algemeene begrippen eene volkomen juiste omschrijving te geven.

Een merkwaardig voorbeeld van zoodanige moeilijkheid leveren ons de verschillende pogingen van von Liszt, om de juiste definitie te geven van een der twee grondbegrippen van het Strafrecht, namelijk het delikt. Men zou verwachten, dat, zoo iemand, dan zeker hij wel reeds sedert lang de formule zou hebben gevonden, die althans hem zelven in alle opzichten voldoet. En toch, juist het tegendeel is het geval: de door hem van „das Verbrechen" gegeven omschrijving luidt telkens in iedere nieuwe uitgave van zijn Leerboek weer anders! Natuurlijk wordt zonder uitzondering als element opgenomen, dat het delikt iets is, wat van overheidswege strafbaar is gesteld (in de eerste drie uitgaven en in de laatste: „vom Staate mit Strafe bedroht"; — in de voorlaatste uitgave: „von der Rechtsordnung mit Strafe bedroht"). Evenzoo wordt consequent vastgehouden aan den eisch, dat dat iets moet zijn „schuldhaft" (waarop ik nader zal terugkomen). Doch dat „iets" zelf wordt in elken herdruk anders aangeduid. Allereerst (kort nadat Binding zijne normentheorie had verkondigd) was het eene „normwidrige Handlung". — Daarna wordt dit gewijzigd in een „rechtswidriger Angriff auf die Rechtsordnung", voorzeker ten gevolge van von Liszt's overtuiging, dat door Binding en diens volgelingen aan de normentheorie, welker hooge wetenschappelijke beteekenis onze Schrijver bleef erkennen, eene „durchaus unglückliche Ver-

wertung" gegeven werd. — Vervolgens wordt het, eenvoudiger: eene „rechtsverletzende Handlung". — In de 4de uitgave daarentegen heet het, weer veel uitvoeriger: „die schuldhafte Handlung eines zurechnungsfähigen Menschen, welche, als Angriff auf besonders schutzwürdige und schutzbedürftige Rechtsgüter, von der Rechtsordnung mit Strafe bedroht ist". — Die bijzonderheden echter, deels overbodig, deels tot misvatting aanleiding gevende, zijn in de laatste uitgave weer verdwenen, en nu wordt „das Verbrechen" omschreven als „der vom Staate mit Strafe bedrohte schuldhafte rechtswidrige Angriff auf rechtlich geschützte Interessen".

Dat wij de definitie, na die reeks van gedaanteverwisselingen, ook in de volgende uitgaven van het Leerboek in denzelfden vorm zullen ontmoeten, betwijfel ik; ik zou er mij ook niet over verblijden.

Vooreerst is deze omschrijving, zoolang zij niet wordt gecombineerd met die van de straf, althans zoolang niet wordt vermeld, dat hier alleen gedoeld wordt op eene door den strafrechter, als zoodanig, op te leggen straf, te ruim; want zooals ze nu luidt, omvat zij ook het door den wetgever strafbaar gestelde disciplinaire vergrijp.

Een tweede bezwaar is, dat de omschrijving eene tautologie bevat, waar zij spreekt èn van strafbaarstelling èn van door het recht beschermde belangen. Immers, juist in de strafbaarstelling zelve is de rechtsbescherming gelegen.

Ik heb echter nog eene andere, meer principiëele bedenking tegen von Liszt's definitie van „das Verbrechen".

Blijkbaar bedoelt hij het delikt in abstracto, met terzijdelating van het positieve recht, het *begrip* „delikt" in theorie. Had hij daarop niet het oog gehad, dan zou hij het element „schuldhaft" niet in zijne definitie hebben opgenomen; want in elke positieve wetgeving, de Duitsche ingesloten (en ook de onze niet te vergeten!), komen bepalingen voor, krachtens welke eene straf kan worden opgelegd aan personen, bij wie, in den waren zin des woords, geen schuld (schuldplichtigheid) aanwezig is.

De vraag is echter, of eene omschrijving van „delikt" in het afgetrokkene wel gegeven kan worden.

Ik voor mij geloof het niet. Niet alleen in alle moderne *wetgevingen* geldt de regel: „Nullum delictum sine lege", maar dat hoofdbeginsel is ook in de strafrechts*wetenschap* als juist aanvaard. Daardoor is derhalve het begrip „*delikt*" onafscheidelijk vastgekoppeld aan de positieve wet, en dientengevolge vervalt de mogelijkheid om van datzelfde begrip eene bloot theoretische, abstract wetenschappelijke omschrijving te geven. Zoo stapte ook onze Schrijver, die in den aanvang zijner definitie met zijn „schuldhaft" stond op het gebied der bespiegeling, in de tweede helft daarvan, waar gezegd wordt, dat de „Angriff" moet gericht zijn tegen een „*rechtlich* geschütztes Interesse" en dat hij moet zijn „*rechtswidrig*", van zelf over op het gebied van het positieve recht. Het behoeft geen betoog, dat men met zulk eene dubbelslachtige begripsbepaling geen genoegen kan nemen. Mijns inziens moet het Strafrecht zich tevreden stellen met eene omschrijving van het zoogenaamd formeele begrip „delikt".

Ook in zijne verdere ontwikkeling en uiteenzetting van de „Begriffsmerkmale des Verbrechens" is de Schrijver, naar mij voorkomt, minder gelukkig geslaagd.

„Der Thatbestand" — zoo vangt hij aan — „als die Voraussetzung für den Eintritt einer Rechtsfolge, besteht ausnahmslos in rechtlich erheblichen Thatsachen, das heisst in sinnlich wahrnehmbaren Veränderungen der Aussenwelt. Diese Thatsachen sind bald Ereignisse, bald Handlungen, das heisst Veränderungen in der Aussenwelt, welche auf menschlichem Wollen beruhen. Der Thatbestand, an welchen die Strafe geknüpft ist, besteht ausnahmslos aus Handlungen, niemals aus Ereignissen. Das Verbrechen ist also Handlung; als solche kann es als ein Thun oder als ein Unterlassen uns entgegen treten."

Met deze inleidende beschouwingen, waarin ons de algemeene kenschets van het delikt gegeven wordt en die

daarom, ook voor een groot deel van den verderen inhoud des leerboeks, van overwegend belang zijn, kan ik mij in nagenoeg geen enkel opzicht vereenigen.

a). Ongegrond is al dadelijk de bewering, dat het delikt noodwendig bestaat in eene *verandering* in de buitenwereld.

Daarbij toch wordt voorbijgezien, dat in een gansche reeks van gevallen de wetgever van ons eischt, dat wij eene verandering in de buitenwereld doen plaats hebben en ons strafbaar stelt ter zake van het niet-doen van datgene wat hij ons voorschreef; gevallen derhalve, waarin het delikt juist hierin bestaat, dat er *geene verandering* in de buitenwereld wordt aangebracht.

Als iemand een huis heeft met een rieten dak, dat misschien tweehonderd en meer jaren geleden daarop gelegd is, en in zijne gemeente wordt nu eene strafverordening gemaakt, die het *hebben* van rieten daken verbiedt, dan pleegt hij delikt, als hij het riet niet door pannen of leien vervangt, alles eenvoudig bij het oude laat, en er dus geene verandering in de buitenwereld tot stand komt.

Datzelfde geldt voor hem, die, na invoering van het tonnen- of het Liernur-stelsel, in strijd met de verordening zijne riolen blijft gebruiken, — voor hem die, in strijd met eene nieuwe waterschapskeur, eeuwenheugende boomen aan den kant eener sloot laat staan, — voor den vader, die de op hem rustende verplichting tot het doen van aangifte der geboorte van zijn kind verzaakt, — voor hem die, wettelijk als getuige opgeroepen, wegblijft, — voor hem die opzettelijk iemand, tot wiens onderhoud hij krachtens de wet verplicht is en die in een hulpeloozen toestand verkeert, daarin laat verkeeren, — voor den cipier, die den gevangen veroordeelde na verloop van zijn straftijd opzettelijk opgesloten houdt.

In al deze en dergelijke gevallen bestaat „der Thatbestand" van het delikt hierin, dat iets, wat de wet gedaan wil zien, niet gedaan wordt, — dat eene verandering, die zij verlangt, achterwege blijft.

b). Een tweede onjuistheid is m i. gelegen in de gelijk-

stelling van de „handeling" met de „verandering enz." („Handlungen, *das heisst* Veränderungen u. s. w."). Deze gelijkstelling kan onmogelijk opgaan. De „handeling" is — gelijk het woord zelf uitdrukt — eene activiteit, een doen, een bewerken; de „verandering" daarentegen is het tot stand gekomene, eene passiviteit, een bewerkt zijn, een resultaat.

c). Bovendien komt mij de bewering, dat de delikten zonder uitzondering bestaan in veranderingen in de buitenwereld, „welche auf menschlichem Wollen beruhen," ongegrond voor.

Daargelaten de onduidelijkheid der uitdrukking, dat een feit *berust op* 's menschen wil; — daargelaten evenzeer de vraag, of deze uitdrukking ook omvat het geval, dat eene willens gepleegde handeling een aan des daders schuld te wijten, doch door hem niet gewilde verandering in de buitenwereld ten gevolge heeft gehad, — zeker omvat zij niet de culpose delikten, bij welke wel is waar zoodanige verandering heeft plaats gehad, doch alleen ten gevolge van een *culpoos* verzuim van hem, die handelend had moeten optreden. In gevallen, zooals ze bijv. in ons Strafwetboek zijn omschreven in de artt. 198 en 199, van beide het laatste lid, „berust" de plaats gehad hebbende verandering volstrekt niet op des bewaarders *wil*; integendeel, in deze en alle dergelijke gevallen „berust" de tot stand gekomen verandering op een *gebrek aan wil* van hem, die had moeten willen.

d). En eindelijk: als een minister door grove onachtzaamheid verzuimt uitvoering te geven aan de Grondwet, aan eene wet, of aan een algemeenen maatregel van bestuur, — als aan iemands onoplettendheid te wijten is, dat een gevangene wederrechtelijk van de vrijheid beroofd blijft, — als een vader geheel onwillens verzuimt de geboorte van zijn kind aan te geven, — als een militair, in tijd van oorlog, uit onbedachtzaamheid nalaat aan de bevoegde overheid eene mededeeling te doen, die hij van ambtswege doen moest (art. 117 Reg. Ontw. Mil. Swb.), — in al deze en nog talrijke andere gevallen worden er voorzeker delikten

gepleegd, ofschoon geen van de twee door von Liszt gestelde criteria aanwezig is: immers, er heeft dan geene verandering in de buitenwereld plaats gehad, en evenmin is er dan sprake van iets, dat op 's menschen wil berust.

Alleen met hetgeen de Schrijver aan het slot van de hierboven overgenomen uiteenzetting verkondigt, namelijk dat „der Thatbestand", waaraan de straf wordt verbonden, zonder uitzondering bestaat in *handelingen* (terminologie van het Duitsche, hier en daar ook van ons Strafwetboek), nimmer in *gebeurtenissen*, kan instemming worden betuigd, onder voorbehoud evenwel dat hier het woord „handeling" wordt opgevat (gelijk het in dat slot ook door von Liszt wordt gebezigd) in eene zeer uitgebreide beteekenis, en wel in die van „menschelijke gedraging", zoodat het dan, in lijnrechten strijd met zijn eigenlijken zin, niet alleen het *doen*, maar ook het *nalaten* d. i. het *niet handelen*, omvat. Iets dergelijks dus, als onze wetgever deed, toen hij als algemeene benaming voor het delikt de allerongelukkigste uitdrukking „strafbaar *feit*" uitkoos, daarbij voorbijziende, dat menig „strafbaar *feit*" blootelijk bestaat in het nalaten, het opzettelijk of uit onachtzaamheid *niet doen geschieden van een feit.* Lucus a non lucendo!

Ik laat mij nu niet in met de vraag, of het wenschelijk is, in een leerboek voor het (Duitsche) strafrecht eene zoodanige terminologie (al is ze in overeenstemming met de Duitsche wet) aan te nemen. Niemand zal echter ontkennen, dat, wanneer een schrijver eenmaal, bij de bespreking van het delikt in 't algemeen, vooropstelt, dat „handeling" de naam is van het genus, waarvan het „doen" en het „nalaten" de twee species zijn, die schrijver, althans in de verdere ontwikkeling zijner denkbeelden over datzelfde onderwerp, zich van diezelfde terminologie moet blijven bedienen.

Dit nu heeft von Liszt niet gedaan; en dat is, dunkt mij, de grootste fout van zijn geheele leerboek. Bij de herlezing van het werk verbaasde ik mij aanvankelijk over het groote aantal zijner beweringen, waarmede ik niet kon in-

stemmen. Bij nadere beschouwing en overweging echter van die verschilpunten kwam ik tot de ontdekking, dat vele daarvan de consequentiën zijn van die ééne fout.

Stelselmatig doorwerkende op den gelegden grondslag, had de Schrijver moeten beginnen met *a*), zoo noodig, de „handeling" in het algemeen d. i. in den straks vermelden uitgebreiden zin, te beschouwen, om dan *b*) over „doen" en *c*) over „nalaten", als de twee vormen der „handeling" te spreken. Eén van die 3 paragraphen bleef echter achterwege. Hij bespreekt namelijk *a*) de „handeling" en *b*) het „nalaten". Dat het „doen" werd overgeslagen, komt, indien ik mij niet vergis, hiervandaan, dat von Liszt, over „handeling" schrijvende alsof hij daarmede het genus bedoelde, feitelijk de handeling beziet en bespreekt alleen in hare werkelijke, actieve beteekenis. En deze verwarring komt voortdurend terug en doet haren invloed bij allerlei onderwerpen merkbaar gevoelen.

In § 27 beschrijft von Liszt de handeling, in afwijking van § 23, waar hij ze met de verandering zelve in de buitenwereld gelijk gesteld had (zie hierboven blz. 357, *b*), als de *bewerking* van zoodanige verandering, en dit wel door eene „willkürliche *Körperbewegung* eines Menschen". Uitdrukkelijk en zoo apodictisch mogelijk verklaart hij zelfs: „Ohne willkürliche Körperbewegung ist Handlung, mithin Verbrechen undenkbar." — „Schuld" (§ 35) omschrijft hij als: de verantwoordelijkheid voor het door de lichaamsbeweging veroorzaakte gevolg. — „Opzettelijke handeling" noemt hij (§ 38): „die willkürliche Körperbewegung begleitet von der Vorstellung ihrer Kausalität"; en hier vooral wekt de te enge terminologie verwondering, aangezien hij in de voorafgaande regels het „opzet" omschreef als de voorstelling der causaliteit van het doen *of nalaten*. — En zóó speelt op nog meer andere plaatsen (bij dwaling, poging, samenloop) die „lichaamsbeweging" telkens eene veel te groote rol. In al die gevallen toch is de gebezigde formule onvoldoende, daar het strafbare nalaten, vaak eenvoudig bestaande juist in

het niet-doen van eene beweging des lichaams, geheel daarbuiten valt.

Er is in von Liszt's bespreking van de „handeling" nog meer, waarmede ik mij onmogelijk zou kunnen vereenigen. Zoo handhaaft hij bijv., niettegenstaande al wat daartegen geschreven is, zijne vroegere (ook door anderen gedeelde) meening, dat het *gevolg* behoort tot —, een onderdeel is van de handeling. — Hoe dit mogelijk is, gaat mijn begrip te boven. Wel is, in vele gevallen, een bepaald aangewezen gevolg eener handeling een element van het delikt, het „strafbaar feit", „die strafbare Handlung" in den *technischen* zin van het Duitsche strafwetboek. Doch vooreerst heeft, in menig ander geval, de wet enkel een zeker doen of een zeker nalaten, eene actieve of passieve gedraging strafbaar gesteld, zonder zich in de verste verte om eenig gevolg daarvan te bekreunen. En bovendien, niet de „strafbare Handlung" in dien *technischen* zin, niet het algemeen begrip „delikt", maar slechts een onderdeel daarvan, namelijk de handeling als objectief element van het delikt, het „handelen" dus, opgevat in de beteekenis zoowel van „doen" als van „nalaten", dàt is het onderwerp zijner onderzoekingen. Van het „handelen" nu in dien zin kan het feit, hetwelk ten gevolge daarvan geschiedt, onmogelijk een bestanddeel uitmaken. Dat feit valt daarbuiten. Om dit te bewijzen, hebben wij wetenschappelijke redeneeringen niet alleen niet van noode, doch het zou zelfs onmogelijk zijn, hetzij de juistheid, hetzij de onjuistheid van die stelling door eenig wetenschappelijk of bespiegelend betoog te staven. De vraag, wat het dood eenvoudige woord „handeling" beteekent, is een taalkwestie, en anders niet. Dat men, kortheidshalve, besloot het woord „handeling" ook te gebruiken in den zin van „niet-handeling" is al erg genoeg. Volstrekt onverdedigbaar zou het zijn, zich daarvan ook te gaan bedienen in een zin, die van het begrip, hetwelk door dat woord wordt weergegeven, te eenenmale afwijkt, — in een zin, dien niemand die Duitsch of Hol-

landsch verstaat, ooit aan dat woord kan, noch zou willen hechten. Ten bewijze slechts één voorbeeld, maar dat mij voorkomt afdoende te zijn.

Als iemand, die *Leiden* nooit verliet, op 1 Maart van hier eene helsche machine naar *Batavia* aan zijn vijand toezendt, en dat werktuig op 1 Mei aldaar springt en dien vijand doodt, dan handelt, volgens von Liszt, die misdadiger *op 1 Mei te Batavia.* Was hij een uur na de afzending plotseling alhier gestorven, dan zou hij dus nog twee maanden na zijn dood gehandeld hebben op eene plaats, waar hij bij zijn leven nooit geweest was! Voor spiritisten moge die bewering iets aanlokkelijks hebben, voor gewone nuchtere menschen klinkt zij absurd.

Al deze en nog meer andere uiterst betwistbare en m. i. zelfs kenlijk onjuiste beschouwingen en begripsbepalingen worden, het geheele Leerboek door, met eene op zich zelve lofwaardige consequentie volgehouden en toegepast. Dat dit bij onderscheidene zeer belangrijke leerstukken tot hoogst bedenkelijke resultaten moest leiden, ligt voor de hand. De voor deze aankondiging beschikbare ruimte zou zonder twijfel verre overschreden worden, indien ik dat alles in bijzonderheden ging aanwijzen.

Voor mijn doel is dit ook geen vereischte.

Ik heb alleen, juist omdat ik het Leerboek om der wille van zijne talrijke voortreffelijkheden zoo gaarne in veler handen zie, indachtig willen maken op de dringende noodzakelijkheid, dat men, alvorens een beroep te doen op eene van von Liszt's leerstellingen, steeds opklimme tot het uitgangspunt van zijn betoog. Vaak zal men dan stuiten op een principiëel meeningsverschil en daarin een afdoend argument vinden, om zich bij de door von Liszt verkondigde stelling niet aan te sluiten.

Leiden, Januari 1893.

DE VERVANGBAARHEID VAN ZAKEN EN HARE RECHTSGEVOLGEN,

DOOR

Mr. L. Ch. BESIER,
Advocaat en procureur te Utrecht.

Bij arrest van 24 October 1892 [1]) besliste de Hooge Raad, dat een lasthebber, die voor zijn lastgever coupons verzilverde, rechtmatig eigenaar werd van de opbrengst, en ontsloeg hem mitsdien van de rechtsvervolging, die uit hoofde van verduistering tegen hem was ingesteld, toen hij die opbrengst niet tijdig aan den lastgever verantwoord had. Uit dit arrest blijkt niet met volkomen duidelijkheid op welken grond de Hooge Raad dien lasthebber als eigenaar van de hem door den kooper der coupons ter hand gestelde gelden beschouwde, doch waarschijnlijk hing die beschouwing samen met de eigenschap van vervangbaarheid hetzij van het geld, hetzij reeds van de ter verzilvering overgegeven coupons. Het feit, dat nu ook de Hooge Raad zijn zegel hechtte aan de straffeloosheid van dergelijke toch zeker oneerlijke handelingen, leidde ons tot een volledig onderzoek naar den aard der vervangbaarheid en hare rechtsgevolgen. Van dit onderzoek bieden wij hier de wellicht soms wrange, maar toch, naar wij hopen, niet onrijpe vruchten aan. De vragen, die wij ons ter beantwoording stelden, liggen hoofdzakelijk op privaatrechtelijk gebied; men verwachte hier dus geen strafrechtelijke studie, al was ook ons punt van uitgang een strafvonnis.

Tot juist begrip der zaak dient vast te staan, wat wij

---

[1]) *W.* 6260.

met „vervangbaarheid" van zaken bedoelen, en in welke gevallen zij voorkomt. Men pleegt de zaken te onderscheiden in vervangbare en niet-vervangbare, en stelt dan de vervangbaarheid voor als eene hoedanigheid, die sommigen zaken van nature eigen is; zoo o. a. Prof. Land [1]). Vele meeningsverschillen, die op het gebied der rechtsgevolgen van de vervangbaarheid heerschen, hebben hun oorsprong te danken aan deze o. i. onjuiste beschouwing. Van vervangbaarheid is dan sprake, wanneer twee personen overeenkomen, dat de een aan den ander eenige zaak of hoeveelheid van zaken, b. v. zeker mud graan, of eene andere van dezelfde soort en hoedanigheid [2]) zal leveren (vervangbaarheid van de *te leveren* zaak bij de praestatie). Het is duidelijk, dat hier de vervangbaarheid niet is eene physieke eigenschap van de te leveren zaak, maar eene, die door de partijen daaraan wordt verleend [3]). Dezelfde te leveren zaak toch kan het voorwerp zijn eener andere overeenkomst, waarbij de vervangbaarheid uitgesloten is, zonder dat door die uitsluiting aan den aard der zaak geweld aangedaan wordt. Prof. Diephuis spreekt dit ook uit, maar minder beslist [4]). Hij noemt de vervangbaarheid „niet zoozeer eene natuurlijke maar veel meer eene juridische eigenschap", die „niet zoo volstrekt aan eene zaak moet worden toegekend of ontzegd, maar mede afhankelijk is van den wil en de bedoeling van hem, die over de zaak beschikt". ZHGL. verstaat dan ook onder vervangbare zaken iets meer, dan wij ter wille van het duidelijker begrip der zaak daaronder zouden wenschen te verstaan. Vervangbaar is bij hem elke

---

[1]) *Verklaring van het B. W.*, II blz. 39 nt. 3.

[2]) Soort en hoedanigheid zijn geen scherp begrensde begrippen. De vervangbaarheid kan derhalve enger of ruimer bepaald zijn. Zoo kan b. v. een anker rijnwijn vervangbaar gesteld worden door een anker rijnwijn van hetzelfde merk, of algemeener door een anker rijnwijn, of wel geheel onbepaald door een anker wijn, al naar den wil der partijen.

[3]) Laurent, *Principes de droit civil*, XVIII blz. 411.

[4]) *N. B. R. (Systeem)*, I blz. 479.

zaak, die als voorwerp van rechten en rechtshandelingen niet individueel *pleegt* bepaald te worden, maar waarbij het slechts aankomt (d. w. z. pleegt aan te komen) op een bepaalde soort en hoedanigheid, *res quae pondere*, *numero*, *mensurave consistunt*. En daartoe heeft hij recht, omdat overeenkomsten als de bovenbedoelde in de werkelijkheid wel weinig zullen voorkomen, doch veel meer dezen vorm zullen aannemen, dat twee personen overeenkomen, dat de een den ander eene alleen naar soort en hoedanigheid bepaalde zaak of hoeveelheid van zaken (b. v. een mud graan van zekere hoedanigheid) zal leveren. Wij voor ons hebben echter evenveel recht de vervangbaarheid enger te begrenzen; het komt er ten slotte maar op aan goed te omschrijven, wat men onder het begrip wil verstaan. De begripsomschrijving van Prof. Diephuis, hoewel door de geschiedenis geijkt, komt ons daarenboven verwerpelijk voor, omdat zij vrij vaag is; niemand toch kan met zekerheid de voorwerpen noemen, welke *plegen* niet individueel bepaald te worden. Buitendien beantwoordt alleen onze opvatting aan het woord „vervangbaar"; gelijk Prof. Diephuis toch zelf in een noot opmerkt, kan er geen sprake zijn van vervanging, tenzij er een zeker voorwerp is, dat vervangen wordt, en dit is bij niet individueel bepaalde zaken het geval niet. „Een mud graan", zonder meer, is geene *zaak*, waaraan physieke eigenschappen kunnen toegekend worden, doch een tamelijk vaag *begrip*, dat daarvoor onvatbaar is.

Zoo is dus de vervangbaarheid eener te leveren zaak bij de praestatie niet eene physieke eigenschap dier zaak. Doch zij, die de vervangbaarheid eene dusdanige eigenschap noemen, hebben dan ook gewoonlijk andere gevallen op het oog. Twee personen kunnen bij de levering van eene bepaalde zaak door den een aan den ander overeenkomen, dat laatstgenoemde dezelfde zaak of eene andere dergelijke na verloop van tijd zal teruggeven, of namens eerstgenoemde aan derden zal overgeven (vervangbaarheid der *geleverde*

zaak bij de tegenpraestatie of bij de levering aan derden) [1].

Bijv. A levert aan B een *bepaalde* wagonlading steenkolen en B neemt op zich na eenigen tijd een wagonlading steenkolen, dezelfde of eene andere, terug te geven. Wanneer men nu zegt: eene wagonlading steenkolen is eene vervangbare zaak, dan heeft men een dergelijke overeenkomst op het oog. De bepaalde wagonlading steenkolen kan daarin door iedere andere vervangen worden. En wanneer men zegt: die vervangbaarheid is eene hoedanigheid aan eene wagonlading steenkolen *van nature* eigen, dan bedoelt men, dat bij een dergelijke overeenkomst B, zelfs al ware het niet van te voren bepaald, met de teruggave van eene andere wagonlading kan volstaan. Doch gesteld, dat zóó werkelijk B's contractueele verplichting is, dan is toch vervangbaar niet „eene wagonlading steenkolen", doch de door A geleverde *bepaalde* wagonlading steenkolen. En de vervangbaarheid van de laatste bestaat weder niet *van nature*, omdat een bepaalde wagonlading het voorwerp kan zijn van overeenkomsten, waarbij de vervangbaarheid uitgesloten is, zonder dat door die uitsluiting aan de natuur en de bestemming der steenkolen geweld aangedaan wordt.

Derhalve is het steeds onjuist te zeggen, dat de vervangbaarheid eene hoedanigheid is, sommigen zaken van nature eigen, maar kan zij alleen beschouwd worden als eene eigenschap, die partijen in sommige rechtshandelingen aan haar voorwerp kunnen toekennen. Zij zullen hiertoe overgaan, wanneer dit voorwerp voor hen slechts een generisch belang heeft, doch hun overigens onverschillig is. En wil men als voorwerp van zulk eene rechtshandeling beschouwen eene slechts naar hare soort en hoedanigheid bepaalde zaak of hoeveelheid van zaken, dan is het onjuist van de vervangbaarheid als van eene eigenschap daarvan te spreken, doch moet de vervangbaarheid aangemerkt wor-

[1]) Het is meer speciaal deze tweede soort van vervangbaarheid, die in tegenstelling met de eerste zeer veel voorkomt, welke wij ons voorstellen in dit opstel te behandelen.

den als eene modaliteit der rechtshandeling, die veel overeenkomst vertoont met de alternativiteit, ja daarvan eigenlijk slechts in graad verschilt.

Wanneer wij deze beschouwing ten grondslag doen strekken aan ons volgend betoog, dan zijn daarmede echter de moeilijkheden in geenen deele opgelost, doch alleen verschoven. Is het bij de bestreden leer de vraag, welke zaken van nature vervangbaar zijn, wij zullen ons de vraag moeten stellen, in welke gevallen de partijen de vervangbaarheid der zaak gewild hebben. En het antwoord luidt: in de eerste plaats, wanneer zij hun wil daartoe uitdrukkelijk hebben te kennen gegeven, hetzij door dien met zoovele woorden uit te spreken bij de formuleering hunner rechtshandeling, hetzij door voor die rechtshandeling een naam te bezigen, waarin die wil is nedergelegd, b. v. verbruikleening, die immers in zich sluit, dat de uitleener tevreden zal zijn met teruggave van andere zaken, dan die, waarvan hij het bezit afstond, mits van dezelfde soort en hoedanigheid en in dezelfde hoeveelheid (art. 1791 B. W.). Maar ook nog in vele andere gevallen. Immers die wilsverklaring der handelende partijen kan ook stilzwijgend geschieden; niet om de uitdrukkelijke wilsverklaring, doch om den wil zelven is het te doen. Die wil nu kan vaak reeds aangenomen worden, wanneer voorwerp der rechtshandeling zijn z. g. n. quantiteiten, d. i. zaken, bij welke de onderscheiding der individuen binnen een bepaalde soort geheel onverschillig is, dewijl de individuen van zoo gelijken aard en waarde zijn, dat het bij hen slechts op gewicht, aantal of maat aankomt (*res*, *quae pondere*, *numero*, *mensurave consistunt*, zooeven door ons besproken). Bij zulke zaken toch is het den crediteur in den regel onverschillig, of zijn debiteur de zaken, die hij hem indertijd verstrekte, vóór de teruggave door andere vervangt. Indien het tegendeel niet door de omstandigheden van ieder bijzonder geval aannemelijk wordt, moet hij dus geacht worden die zaken bij de overeenkomst als vervang-

baar gedacht te hebben. Het was de noodzakelijkheid om in deze gevallen eene stilzwijgend bedongen vervangbaarheid aan te nemen, die er toe leidde van eene vervangbaarheid van nature te spreken. Ten onrechte; die zaken zijn niet van nature vervangbaar; het blijft de wil van partijen, die hun die eigenschap geeft, al is die wil niet uitgesproken. En wanneer dan ook blijkt, dat die wil *niet* aanwezig was, en de zaken verstrekt werden niet als quantiteiten doch als individuen, dan zal de debiteur ze ook niet door andere mogen vervangen, zelfs niet wanneer deze zóó op de eerste gelijken, dat niemand ze daarvan kan onderscheiden. Weliswaar bestaat er dan *feitelijk* vervangbaarheid, doch rechtens bestaat zij niet. Deze bloot feitelijke vervangbaarheid kan dan ook in rechte geen gevolgen hebben, en kan hier dus veilig onbesproken blijven.

Wij zullen deze quantiteiten, die bij de leer der vervangbaarheid een groote rol spelen, nog wat nauwkeuriger moeten beschouwen. Een stilzwijgend beding van vervangbaarheid moet, zooals wij zagen, vaak geacht worden aanwezig te zijn, wanneer „quantiteiten" het voorwerp der rechtshandeling zijn. Hiertoe behoort in de eerste plaats het geld, en van alle quantiteiten is het wel het geld, waarbij de grootste waarschijnlijkheid bestaat, dat de handelende partijen de vervangbaarheid daarvan gewild hebben. Het geld toch is bestemd om van hand tot hand te gaan, derhalve is de bedoeling van partijen, dat de geldstukken in nature bewaard zouden blijven iets buitengewoons, en zal zij door bijzondere omstandigheden aannemelijk gemaakt moeten worden. Verder kunnen als quantiteiten het voorwerp van rechtshandelingen zijn alle verbruikbare zaken, dat zijn zaken als staven metaal, wijn, zaden, petroleum, wier gewoon gebruik tevens hun tenietgaan als zoodanig ten gevolge heeft. En verder tal van andere zaken, die in meerdere, gewoonlijk van elkander niet of moeilijk te onderscheiden exemplaren bestaan, zooals afdrukken van een zelfde geschrift, effecten, waarvan de nummers niet opgegeven worden, bank-

biljetten en wat dies meer zij. — Wij noemen de bankbiljetten afzonderlijk, omdat zij in strikten zin niet vallen onder het begrip geld. In het dagelijksch verkeer worden zij echter wel als zoodanig beschouwd. Wij zouden daarom meenen, dat waar bankpapier het voorwerp is der rechtshandeling, de debiteur dit in den regel door geld zal kunnen vervangen, en andersom; in dezelfde gevallen althans, waarin hij de ontvangen geldstukken door andere zou hebben mogen vervangen. Dit is dan eene vervangbaarheid in ruimeren zin, waarover wij boven spraken. En men werpe niet tegen, dat toch niemand gedwongen kan worden bankbiljetten, die geen gedwongen koers hebben, in plaats van geld aan te nemen. Wanneer het juist is, dat de vervangbaarheid op den wil der partijen berust, kunnen zij elkander ook die verplichting opleggen. Natuurlijk houdt het stilzwijgend aannemen van die verplichting op, zoodra de bankbiljetten in het verkeer niet meer voor de volle waarde aangenomen worden, maar die waarde aan rijzing en daling onderhevig begint te zijn. Voorloopig zal dit ten onzent echter nog wel niet geschieden; daarom zal dan ook o. i. de consignatie van een geldsom als gereede betaling aangeboden vooralsnog wel degelijk in bankbiljetten kunnen geschieden [1]), al zal het voorzichtiger zijn, daar over de vervangbaarheid in casu steeds questie zal kunnen rijzen, hiervoor specie te gebruiken. — Wat muntbiljetten betreft, deze staan als wettig betaalmiddel geheel met geld gelijk.

Effecten, bank- en muntbiljetten dienen wel onderscheiden te worden van de inschulden, waarvan zij de dragers zijn. Ook bij inschulden, speciaal wanneer zij het voorwerp zijn van een oneigenlijk vruchtgebruik, kan zich echter een dergelijk verschijnsel als de vervangbaarheid voordoen. Daar het echter betwistbaar is, of inschulden wel onder „zaken" zijn te begrijpen, willen wij dit voorloopig laten rusten.

[1]) Terecht verwierp, gelijk bekend is, de 1ste Kamer in 1889 een wetsvoorstel, waarin dit uitdrukkelijk werd bepaald. Immers de tegenwoordige pari-koers der bankbiljetten staat niet voor alle tijden vast.

Wij komen er straks op terug bij de behandeling van het oneigenlijk vruchtgebruik.

Immers, meenen wij tot dusver breedvoerig genoeg uiteengezet te hebben, wat wij onder vervangbaarheid verstaan, en wanneer deze in het algemeen geacht moet worden aanwezig te zijn, zoo mogen wij toch met deze algemeenheden niet volstaan en niet tot de behandeling van de rechtsgevolgen der vervangbaarheid overgaan, voordat wij de verschillende rechtsverhoudingen besproken hebben, die in ieder bijzonder geval aanleiding kunnen geven tot de vraag, of haar voorwerp vervangbaar is. Eerst daardoor zullen wij een volledig overzicht over het gebied der vervangbaarheid verkrijgen.

En dan komt in de eerste plaats in aanmerking het z.g.n. oneigenlijk vruchtgebruik van art. 804 B.W. Dit artikel bepaalt, dat indien onder het vruchtgebruik verbruikbare zaken zijn begrepen, de vruchtgebruiker bij het eindigen van zijn recht volstaan kan met teruggave van andere zaken, doch van dezelfde hoedanigheid en waarde en in dezelfde hoeveelheid. De letterlijke zin van deze bepaling is kort samengevat deze: verbruikbare zaken, het voorwerp zijnde van vruchtgebruik, zijn vervangbaar. Echter moet daaraan een wijdere strekking toegekend worden. Om deze uiteen te zetten, zullen wij nog een oogenblik in de algemeene beschouwingen terug moeten treden. Wij hebben nog met geen enkel woord gewag gemaakt van wat de wet omtrent vervangbaarheid bepaalt. Deze nu schijnt op dit punt geheel te zwijgen. Doch dit is niet meer dan schijn, gelijk reeds meermalen is betoogd.

Boven zagen wij reeds, dat onder de zaken, die vervangbaar kunnen zijn, de verbruikbare eene belangrijke plaats innemen, zoo zelfs dat er onder zekere omstandigheden aanleiding bestaat uit de verbruikbaarheid eener zaak hare vervangbaarheid af te leiden. De wetgever nu heeft de vervangbaarheid met de verbruikbaarheid verward, daarin eene op het tijdstip van het ontstaan onzer wetboeken al-

gemeen verspreide dwaling volgende, die alweder samenhing met de meening, dat de vervangbaarheid eene physieke eigenschap van sommige zaken is. Hebben wij deze boven verworpen, voor de verbruikbaarheid is zulk eene meening volkomen juist. Weliswaar kan ook de eigenschap der verbruikbaarheid evenals die der vervangbaarheid door den wil van partijen worden uitgesloten, doch niet zonder dat daardoor aan de natuurlijke bestemming der verbruikbare zaken geweld wordt aangedaan. Verbruikbare zaken zijn dus in den regel vervangbaar, want eenmaal verbruikt zijnde kunnen natuurlijk de voorwerpen zelve niet meer teruggegeven worden. Intusschen, de eigenschap van vervangbaarheid kan aan de verbruikbare zaken ontnomen worden; niet steeds zijn dus verbruikbare zaken vervangbaar. Zij zijn het niet, wanneer zij het voorwerp zijn eener rechtshandeling, waarbij de wil van partijen gericht is op het ongeschonden teruggeven. En dat omgekeerd ook zeer dikwijls niet-verbruikbare zaken door partijen als vervangbaar kunnen gedacht worden, is uit het boven besprokene genoegzaam gebleken. Wel tracht men deze waarheid voor een deel te ontzenuwen, door b.v. bij het geld eene „civiele" verbruikbaarheid aan te nemen, die zou bestaan in zijne bestemming om uitgegeven, verteerd, te worden [1]), doch in het belang eener juiste onderscheiding der begrippen is zulk eene fictie te verwerpen. Dat het geld uitgegeven, en dus door ander geld vervangen mag worden, is juist het kenmerk van zijn vervangbaarheid; „civiele verbruikbaarheid" is slechts een andere naam daarvoor [2]).

De begrippen verbruikbaarheid en vervangbaarheid vallen derhalve niet samen. Er is echter reden om aan te nemen, dat de wetgever, van verbruikbare zaken sprekende, steeds daaronder vervangbare heeft willen verstaan. De physieke eigenschap der verbruikbaarheid toch heeft geen juridisch

---

[1]) Opzoomer, *het B. W. verklaard*, X blz. 190.
[2]) Laurent, t. a. p., VI blz. 517.

belang [1]), wel de bedoeling van partijen, dat het voorwerp der rechtshandeling door een ander zal kunnen vervangen worden. En het is ondenkbaar, dat de wet b. v. in art. 1791 B. W. niet ook op sommige onverbruikbare zaken, b. v. een staaf goud, het oog zou gehad hebben [2]). Dat de wetgever zich in dit en in dergelijke artikelen aan verwarring schuldig maakte, is reeds lang geleden afdoende bewezen o. a. door Mr. W. Modderman, uit wiens betoog [3]) wij alleen willen overnemen, dat bij de behandeling van art. 804 B. W., dat van *verbruikbare* zaken spreekt, de Heer Crombrugghe deze woorden gebruikte: „L'article règle la manière de conserver la substance, lorsque l'usufruit a pour objet des choses fongibles", d. i. *vervangbare* zaken, en de Heer Beelaerts v. Blokland sprak van „zaken, welke door het gebruik vergaan of verteerd worden (*res fungibiles*)", alsof die twee begrippen één waren.

Wanneer dus „verbruikbaar" in de wet „vervangbaar" beteekent, dan krijgt art. 804 een geheel anderen zin. Eene tautologie, zoo men wil, maar dan toch eene, die implicite een gewichtig beginsel bevat, n. l. de mogelijkheid van een vruchtgebruik van vervangbare zaken. Wij zullen later zien, dat zulk een vruchtgebruik zeer terecht met den naam van *quasi*-ususfructus bestempeld wordt; voorloopig is het voldoende te constateeren, dat volgens artikel 804 de rechtsverhouding, door partijen met den naam van vruchtgebruik bestempeld, ook indien zij vervangbare zaken tot voorwerp heeft, wordt beheerscht door de bepalingen van dezen titel.

In welke gevallen nu — behalve bij uitdrukkelijke wilsverklaring — partijen vervangbaarheid van het voorwerp

---

[1]) Alleen in art. 1420 al. 2 B.W. komt het juist op de verbruikbaarheid aan. Immers hier wordt gesproken van „te goeder trouw verbruiken", en in dit verband voor verbruikbaar vervangbaar te lezen zou natuurlijk geen gezonden zin hebben. In deze alinea beteekent dan ook het verbruiken van een geldsom de uitgave daarvan.

[2]) Opzoomer, t. a. p., III blz. 29 en vlg.

[3]) *Over den aard van het vruchtgebruik eener inschuld*, in *N. Bijdr. voor Rechtsgel. en Wetg.*, 1864, blz. 279 vlg.

en dus een oneigenlijk vruchtgebruik gewild hebben, is een vraag, die gemakkelijker te stellen dan te beantwoorden is. Een algemeene regel kan hier niet gegeven worden, evenmin als bij de andere later door ons te bespreken rechtsbetrekkingen; alles hangt van de omstandigheden af. Wel is het echter mogelijk eenige vingerwijzingen te geven. In de eerste plaats brengt de aard van het recht des vruchtgebruikers mede, dat in vele gevallen ontwijfelbaar vervangbaarheid moet aangenomen worden. Het vruchtgebruik toch brengt voor hem twee bevoegdheden mede: het *uti* en het *frui*. En nu is bij verbruikbare zaken — wanneer althans niet bij de overeenkomst een bijzonder van het gewone afwijkend gebruik bij uitsluiting aan den vruchtgebruiker is veroorloofd — vanzelf het *uti* onmogelijk zonder verbruiking, zonder tenietgaan der zaken. Zal de vruchtgebruiker dus iets moeten teruggeven, het zullen andere voorwerpen zijn, dan hij ontving, m. a. w. wanneer in het vruchtgebruik verbruikbare zaken vallen, kan het niet anders, of hij, die het vruchtgebruik verleende, heeft de vervangbaarheid gewild, zooals dan ook in art. 804 reeds te lezen staat, voor wie zich houdt aan den letterlijken zin der woorden, en niet voor verbruikbaar „vervangbaar" leest.

Geheel hetzelfde geldt op dezelfde gronden voor sommige niet-verbruikbare zaken, zooals schrijfpapier en sommige grondstoffen voor de fabricage, waarvan men niet zeggen kan, dat zij eigenlijk door het gebruik verloren gaan. Wij rekenen onder de laatste o. a. lappen laken en staven metaal. Wanneer van de lappen kleederen of van de staven metalen voorwerpen gemaakt worden, is daardoor de grondstof in geenen deele te niet gegaan. Deze is dus geen verbruikbare zaak. Het is echter onmogelijk het schrijfpapier op de gewone wijze te gebruiken zonder er op te schrijven, of het laken en het metaal zonder er de bedoelde voorwerpen van te fabriceeren. De vruchtgebruiker heeft tot dit gebruik dus het recht. Kan het nu de bedoeling van partijen geweest zijn, dat hij bij het einde van zijn recht het be-

schreven papier, de kleederen, de metalen voorwerpen aan zijn medecontractant zou moeten afstaan? Veeleer was hunne bedoeling gericht op de teruggave van ander papier, ander laken en ander metaal, derhalve op vervangbaarheid.

En wederom hetzelfde geldt ten slotte voor geld en bankbiljetten. Zonder deze uit te geven is het onmogelijk daarvan genot te hebben; de vruchtgebruiker mag dus de ontvangen muntstukken en biljetten door andere vervangen. Art. 587 C.c. bepaalt dit uitdrukkelijk; ten onrechte noemt het echter het geld onder de verbruikbare zaken.

Moeilijker wordt de beslissing, wanneer het andere niet-verbruikbare zaken betreft, welke in meerdere exemplaren bestaan. In het algemeen zal men slechts met zeer veel voorzichtigheid hier vervangbaarheid mogen aannemen. De verplichting van een gewoon vruchtgebruiker toch is teruggave der voorwerpen in natura bij het einde van zijn recht (art. 829 B. W.); het vruchtgebruik, waarbij vervangbaarheid overeengekomen is, vormt dus eene uitzondering, die streng uitgelegd behoort te worden. Zoo zal o. i. de vruchtgebruiker van een geheel vermogen de daarin aanwezige effecten, zelfs wanneer daarvan de nummers bij het vestigen van het vruchtgebruik niet opgegeven zijn, in natura moeten bewaren en teruggeven, en zal hij niet mogen beweren, dat die vervangbaar zijn, tenzij zulks uitdrukkelijk werd overeengekomen.

Bijzondere zwarigheden brengt de vraag mede, of ook het vruchtgebruik eener affaire een oneigenlijk vruchtgebruik is, en wel omdat het rechtskarakter der affaire zelve niet vaststaat. Het zou een grooter bestek vereischen dan dat van ons geheele opstel, indien wij de bekende strijdvraag omtrent dit rechtskarakter hier wilden behandelen. Wij moeten dus volstaan met, onder verwijzing naar het proefschrift van Mr. K. W. H. van Lidth de Jeude [1], als onze meening te kennen te geven, dat de affaire niet is

---

[1]) *De „zaak" (affaire) rechtskundig beschouwd.* Utrecht, 1888.

eene zaak in den zin van art. 555 B. W., omdat het noch eenvoudig een goed is — daar toch de eigenaar eener affaire eene grootere waarde bezit, dan de totaalwaarde der goederen, die daartoe behooren, gelijk bij overdracht der affaire blijkt — noch een recht, — daar de eigenaar eener affaire behalve den eigendom der goederen niet nog een „recht" heeft op de clientèle. Met Mr. van Lidth de Jeude [1]) zien wij derhalve in de affaire slechts een abstract begrip: de uitoefening van een bedrijf.

Volgt hieruit dat vruchtgebruik eener affaire onbestaanbaar is? Streng genomen ja. Een andere vraag is echter, of het door partijen gewild vruchtgebruik eener affaire in anderen vorm geen gevolg hebben moet. Wij zijn van meening, dat in zulk een geval de bedoeling van partijen moet gevolgd worden. Wat zij gewild hebben is een vruchtgebruik der goederen, die tot de affaire behooren, met tal van bijbedingen [2]), waartoe in de eerste plaats behoort, dat de vruchtgebruiker met het bedrijf niet alleen zal mogen, maar ook zal moeten voortgaan; dat hij dus de aanwezige winkelgoederen of grondstoffen zal mogen verkoopen of verwerken, en die door latere inkoopen zal moeten vervangen. Wat die winkelgoederen en grondstoffen betreft is dus dit vruchtgebruik een quasi-ususfructus; bij vruchtgebruik eener affaire zijn de daartoe behoorende winkelgoederen of — indien het een fabriek geldt — grondstoffen vervangbaar. En wel vervangbaar in zeer ruimen zin. De partijen toch hebben niets anders gewild, dan dat de vruchtgebruiker de affaire op denzelfden voet zou voortzetten en de bij het einde van zijn recht voorhanden winkelgoederen of grondstoffen zou opleveren. Die winkelgoederen of grondstoffen behoeven niet te bestaan in geheel gelijksoortige als welke hij ontving — wat b. v. bij een modezaak zeer weinig wenschelijk zou zijn — het is voldoende indien zij slechts behooren tot denzelfden tak van bedrijf. Wanneer dus b. v.

[1]) T. a. p., blz. 17.
[2]) v. Lidth de Jeude, t. a. p., blz. 24—27.

de affaire een winkel van galanterieën is, zal de vruchtgebruiker niet evenveel vazen, beeldjes, schotels, inktkokers enz. behoeven op te leveren als hij ontving, laat staan evenveel dergelijke snuisterijen van denzelfden vorm en uit dezelfde fabriek, wat ongewenscht en onmogelijk zou zijn, maar kan hij volstaan met zijn geheelen winkelvoorraad, zooals die dan is, af te geven. Zelfs zal de waarde van hetgeen hij oplevert niet dezelfde behoeven te zijn als die van hetgeen hij ontving; naarmate de affaire gedurende het vruchtgebruik bloeide of achteruitging, zal hij meer of minder moeten opleveren, behoudens in het laatste geval zijne aansprakelijkheid wegens verzuim. Zóó is de bedoeling van partijen geweest, toen de een aan den ander het vruchtgebruik verleende niet van bepaald omschreven goederen, maar van eene collectieve „affaire". Weliswaar is deze zeer ruime vervangbaarheid niet in overeenstemming met art. 804 B.W.; niets belet echter den partijen door het gebruik van het woord „affaire" van het in dit artikel bepaalde af te wijken. — Het behoeft intusschen wel geen betoog, dat een vruchtgebruik als hier bedoeld tot allerlei moeilijkheden aanleiding kan geven; een bewijs te meer, dat wettelijke regeling der affaire zeer noodig geacht mag worden.

Wij zouden nog geruimen tijd voort kunnen gaan met de bespreking van verschillende gevallen, waarin de vraag, of de in vruchtgebruik gegeven goederen vervangbaar zijn, zou kunnen worden opgeworpen, indien wij niet reeds onevenredig lang bij deze ééne rechtsverhouding waren blijven stilstaan. Intusschen hebben wij beloofd nog te zullen terugkomen op het vruchtgebruik van inschulden, en moet derhalve de bespreking daarvan hier volgen.

Natuurlijk kan bij het verleenen van zulk een vruchtgebruik bepaald worden, dat de vruchtgebruiker de aflossing der inschuld zal kunnen vorderen en het geld ontvangen om dit dan weder te beleggen, zoodat hij bij het einde van zijn recht eene andere inschuld teruggeeft, dan hij ontving, een soort van vervangbaarheid dus. Velen nemen

zelfs aan, dat ook wanneer dit niet bepaald is, hetzelfde moet gelden, en wel op grond van art. 861 B. W. [1]). De redeneering is dan deze: Blijkens dat artikel gaat het vruchtgebruik der inschuld niet te niet door de aflossing (*rei interitus*). Dit kan alleen hierin zijn grond vinden, dat de wetgever de inschuld als vervangbaar beschouwde. — Wij zijn het hiermede echter niet eens. Indien werkelijk de inschuld als voorwerp van vruchtgebruik vervangbaar was, dan zou zeer zeker de vruchtgebruiker recht hebben om de aflossing te vorderen en het kapitaal weder te beleggen. Wel verre echter, dat art. 861 hem eenig recht om het kapitaal van den schuldenaar op te vorderen, of eenig beschikkingsrecht over dit kapitaal verleent, geeft het hem slechts het recht, van den eigenaar, ingeval van aflossing, buiten zijne medewerking tot stand gekomen, de wederbelegging van het kapitaal te zijnen bate te *vorderen*. Zoo besliste dan ook terecht de rechtbank te Leeuwarden in een gewichtig vonnis van 11 October 1883 [2]), overwegende: „dat wel bij art. 828 B. W. aan den vruchtgebruiker het recht wordt gegeven tot de uitoefening van *zakelijke* rechtsvorderingen, doch dat bij geenerlei wetsbepalingen aan den vruchtgebruiker wordt toegekend de bevoegdheid tot de uitoefening der *persoonlijke* rechtsvordering (n. l. tot aflossing van het kapitaal) thans door de eischeres als zoodanig ingesteld; dat toch deze bevoegdheid geheel in strijd zou zijn met de definitie van vruchtgebruik in art. 803 B. W. en nog meer bepaald in strijd met den geest der wet, zooals die in art. 861 ibidem zijn uitdrukking vindt, volgens welke bepaling toch de vruchtgebruiker niet heeft de beschikking over eene afgeloste inschuld, doch slechts het vorderingsrecht tot wederbelegging te zijnen voordeele".

---

[1]) Zoo Mr. W. Modderman in zijn reeds boven aangehaald opstel in *N. Bijdragen voor Rechtsgel. en Wetg.* 1864, blz. 286 vlg.

[2]) *W.* 4983. Van hetzelfde beginsel ging de Hooge Raad uit in zijn arrest van 4 Maart 1859, *W.* 2041. Zie ook het in gelijken zin gewezen vonnis van de Arr. Rb. te Zwolle 22 Mei 1889, *W.* 5750, en vooral de uitvoerige conclusie van het O. M. in deze zaak, *W.* 5766.

Trouwens, dat de wetgever de vervangbaarheid der in vruchtgebruik gegeven inschuld waarschijnlijk niet gewild zal hebben, springt in het oog, wanneer wij de gevolgen nagaan, die de door ons bestreden opvatting hebben zou. Die opvatting toch zou, waar niet bepaald is, dat de vruchtgebruiker de wederbelegging doen moet naar denzelfden rentevoet, ten gevolge hebben, dat hij door verkoop der inschuld of door opvordering van het kapitaal ten nadeele van den oorspronkelijken schuldeischer, misschien kort vóór het ten einde loopen van zijn recht van vruchtgebruik eene conversie zou kunnen doen plaats hebben.

In den Code civil bestaat ons art. 861 niet. Toch is ook daar de vraag opgeworpen, of de vruchtgebruiker der inschuld met uitsluiting van den oorspronkelijken schuldeischer het kapitaal kan opvorderen en ontvangen. Laurent [1]), die evenwel den vruchtgebruiker geen recht tot verkoopen of noveeren wil toekennen, beslist toestemmend, vooral op grond, dat anders de vruchtgebruiker niet meer zou kunnen genieten nà de aflossing van het kapitaal. Deze grond vervalt bij ons door art. 861, en is bovendien onjuist, omdat waar het kapitaal afgelost is, de inschuld, die voorwerp was van het vruchtgebruik, te niet gegaan is, waardoor natuurlijk ook het vruchtgebruik eindigt. Het was om dit te voorkomen, dat ons art. 861. is geschreven. Wij zien derhalve daarin alleen eene voorziening op billijkheidsgronden voor het geval, dat de aflossing buiten den vruchtgebruiker om plaats heeft.

Nog veel minder dan door eene andere inschuld zal, naar onze meening, de vruchtgebruiker eener inschuld bij het eindigen van zijn recht deze door geld kunnen vervangen. Mr. Modderman voerde in zijn zooeven aangehaald opstel wel aan, dat de inschuld in zich zelve geen eigenschappen heeft, welke haar eene bijzondere waarde geven, die het geld niet heeft, maar daargelaten dat dit de bedoeling der vervangbaarheid door geld niet voldoende bewijst, meenen

[1]) T. a. p., VI blz. 521.

wij, dat een rentegevende inschuld, wanneer althans de debiteur solide is, wel degelijk te verkiezen is boven een geldsom, die uit zich zelf geene en, wederbelegd, misschien minder rente geeft. Naar hetzelfde beginsel moet dan ook de vruchtgebruiker, die een in oogst staand stuk land ontving, dat stuk land weder in oogst staande teruggeven, wanneer althans de tijd der teruggave in den zomer valt. En meende Mr. Modderman een argument te kunnen putten uit het feit, dat het bezit der inschuld geen einddoel is, maar dat hare waarde ligt in het geld, dat men er voor krijgen kan, wij zouden daartegenover kunnen stellen, dat ook het bezit van geld niet het einddoel van de meeste schuldeischers is, en toch zal wel niemand van gevoelen zijn, dat de schuldenaar van geld dit kan vervangen door iedere zaak, die voor geld verkrijgbaar is.

Doch genoeg over het vruchtgebruik van vervangbare zaken. Het wordt tijd, dat wij ons begeven tot de andere rechtsverhoudingen, die aanleiding geven tot de vraag, of vervangbaarheid der zaken, die zij tot voorwerp hebben, mogelijk is. En dan is in de eerste plaats aan de beurt het pandrecht, waarover wij zeer kort kunnen zijn. De bedoeling bij in-pandgeving toch is, dat de pandhouder het pand zal mogen verkoopen, wanneer de pandgever niet aan zijne verplichtingen voldoet, doch het zal moeten teruggeven, wanneer dit wel geschiedt. Nooit is daarom de bedoeling, dat de pandhouder eenig beschikkingsrecht daarover zal hebben, vóórdat de ander nalatig blijft. Art. 1200 B. W. bepaalt zelfs, dat, wanneer de pandgever aan zijne verplichtingen niet voldoet, de schuldeischer zich het pand niet mag toeëigenen. Zeker zal hij dus daarover niet mogen beschikken, vóórdat van voldoening of niet-voldoening sprake is. Wanneer derhalve een voorwerp in pand gegeven wordt, mag nooit aangenomen worden, dat de bedoeling der handelende partijen vervangbaarheid daarvan was, en wanneer die bedoeling bewezen mocht worden, is er geen pand in den zin der wet.

Wanneer dus effecten in pand (prolongatie) gegeven zijn, waarbij de questie van al- of niet-vervangbaarheid meer dan eens gerezen is, heeft o. i. de pandgever nooit bedoeld, dat de pandhouder het recht zou hebben ze te gelde te maken of te herprolongeeren, maar integendeel, dat hij ze afzonderlijk zou bewaren, met aanduiding, dat zij aan hem, den pandgever, toebehooren [1]).

In dezelfde omstandigheden als de pandhouder verkeert de bewaarnemer. Ook bij bewaargeving (zooals de wet zich die voorstelt) is vervangbaarheid nooit de bedoeling van partijen. Art. 1751 B. W. toch bepaalt, dat de bewaarnemer dezelfde zaak, welke hij ontvangen heeft, moet teruggeven. En dat deze bepaling geheel algemeen is, blijkt uit het 2e lid van het artikel, waar wij lezen, dat derhalve zelfs geldsommen (die anders zoo licht vervangbaar zijn) in dezelfde stukken geld moeten worden teruggegeven, welke in bewaring zijn gegeven. Dit schijnt geheel afdoende, wat het o. i. ook is. Toch heeft het vooropstellen van de meening, dat sommige zaken, in casu meer speciaal geldsommen, uit haren aard vervangbaar zijn, tot het tegenovergestelde gevoelen geleid. Wij vermoeden n. l., dat die onjuiste meening de oorzaak is, dat Mr. Simons [2]) den bewaarnemer van geldsommen daarover het recht van beschikking verleent. Want indien geldsommen uit haren aard vervangbaar zijn, dan zijn zij het ook — tenzij dit karakter hun uitdrukkelijk wordt ontnomen — wanneer zij het voorwerp eener bewaargeving uitmaken. Om echter de vervangbaarheid in dit geval in overeenstemming te brengen met art. 1751 B. W. moet de geachte Schrijver aan dit artikel eene zeer gewrongene interpretatie geven. „In dezelfde stukken" zou dan beteekenen „in dezelfde soort van stukken". Tot staving van deze uitlegging wordt

---

[1]) J. C. Stoop, *Herprolongatie*, Prft. Leiden 1891, blz. 19.

[2]) *Verduistering van geldsommen*, in *Tijdschrift voor Strafrecht* III blz. 297 vlg.

een beroep gedaan op art. 1932 C. c., dat spreekt van „dans les mêmes espèces". Daargelaten echter dat „espèces" ook door „geldstukken" („specie") kan vertaald worden [1]), obsteert tegen deze uitlegging het woord „aldus", dat de beide leden van art. 1751 verbindt, en duidelijk bewijst, dat het tweede lid geene uitzondering op het eerste bevat, doch een toepassing daarvan. Daarenboven was ook de bedoeling van art. 1932 C. c. blijkens zijne geschiedenis geen andere dan dat dezelfde stukken zouden worden teruggegeven. Bij de beraadslagingen toch zeide Réal: „Quelle que soit cette chose, il (le dépositaire) devra rendre celle qui lui aura été confiée, *la rendre identiquement*, et cette règle sera observée, même quand il s'agiroit de sommes monnoyées; autrement, et s'il suffisoit de rendre en pareilles quantités ou espèces, le contrat seroit dénaturé, et le dépôt se trouveroit converti en un simple prêt ou commodat".

Ten onrechte beroept Mr. Simons zich tot verdediging van zijne interpretatie van art. 1751 op de autoriteit van Prof. Opzoomer [2]). Diens woorden zijn ons niet geheel duidelijk. Eerst toch verkondigt deze als zijn gevoelen, dat alleen dan de ontvangen geldstukken vervangbaar zijn, wanneer niet in bewaring is gegeven een aantal geldstukken, doch eene geldsom, een bedrag, afgescheiden van de voorgetelde rijksdaalders of guldens [3]), doch later, nadat hij o. a. de woorden van Réal heeft aangehaald, schrijft hij: „Vat ik alles samen, dan kom ik tot dit besluit: *ofschoon het beginsel, door de wet ook op geldsommen toegepast, een volstrekte identiteit vordert*, kan toch de bewaarnemer met de teruggaaf *volstaan* van even zooveel gelijke geldstukken". Eene feitelijke vervangbaarheid betwisten wij niet, daar de bewaargever

---

[1]) Zoo Mr. van Ittersum, *Een paar opmerkingen over de toepassing van art.* 321 *Sr.*, in *Tijdschrift voor Strafrecht* V blz. 336.

[2]) Op art. 1751, t. a. p. X blz. 81.

[3]) Hiertegen kan echter aangevoerd worden, dat art. 1751 al. 2 juist de vervangbaarheid uitsluit voor het geval dat geld*sommen* zijn in bewaring gegeven, en van bewaargeving van geld*stukken* niet spreekt.

de verwisseling wel niet zal bemerken; dit neemt echter niet weg dat de bewaarnemer tot die vervanging geen recht heeft.

Wat zal dan het gevolg zijn, wanneer bij bewaargeving de vervangbaarheid uitdrukkelijk is bedongen? Réal gaf het reeds aan: er is dan geen bewaargeving in den zin der wet, doch een soort verbruikleening. Het lijdt toch geen twijfel, of afwijking van art. 1751 al. 2 door de partijen is volkomen geoorloofd. Wanneer echter het contract door hen met den naam bewaargeving bestempeld wordt, zal de vervangbaarheid niet ondersteld worden; wordt zij bewezen, dan zal daaruit volgen, dat de gebezigde benaming onjuist is.

De verbruikleening nu heeft steeds betrekking op vervangbare zaken. Weliswaar spreekt art. 1791 B. W. alleen van verbruikbare zaken, doch ook andere zaken kunnen vervangbaar zijn, en er is hier evenmin als bij het oneigenlijke vruchtgebruik reden om te veronderstellen, dat de wetgever, die trouwens, gelijk wij zagen, van verbruikbaarheid spreekt, waar hij vervangbaarheid bedoelt, de bepalingen van titel XIV niet op deze toegepast zou willen zien. Dat blijkt ook uit art. 1800, waar de verplichtingen van den leener geheel algemeen beschreven worden als die van een debiteur van vervangbaar gestelde zaken.

Weder doet zich nu de vraag voor: wanneer zijn de ter leen gegeven goederen vervangbaar en wanneer niet, welke vraag ook aldus geformuleerd kan worden: wanneer bestaat er verbruikleening en wanneer bruikleening? Vervangbaarheid en verbruikleening bestaan in de eerste plaats natuurlijk dan, wanneer de partijen hun wil daartoe uitdrukkelijk in de overeenkomst hebben neergelegd, òf door daaraan den naam verbruikleening te geven, òf door daarin de teruggave van andere goederen meer of minder soortgelijk aan de ter leen verstrekte vrij te laten. Intusschen heeft zich hier een questie voorgedaan, weliswaar van weinig practisch, maar toch wel van eenig theoretisch belang. Prof. Opzoomer heeft n.l. de vraag opgeworpen, of ook onroerende goederen

vervangbaar kunnen zijn. Deze vraag is natuurlijk van evenveel gewicht voor het oneigenlijk vruchtgebruik als voor de verbruikleening, doch daar zij door ZHGel. bij de bespreking van dit laatste contract ter sprake gebracht is, willen ook wij haar te dezer plaatse bespreken.

Niets belet o.i. partijen om in dien zin overeen te komen, dat de een aan den ander een akker in leen afstaat, onder de verplichting om na zekeren tijd een even grooten akker, in dezelfde gemeente of in denzelfden polder gelegen, terug te geven. Opzoomer[1]) was echter van andere meening, op grond dat alle belang van partijen bij onroerende goederen afhangt van hunne juiste ligging. En het moet toegegeven worden, dat het niemand onverschillig zal zijn, of hij een bunder bouwland bezit in het eene deel der gemeente, waar hij dien gemakkelijk kan bereiken, of een bunder van even goede hoedanigheid in een minder gemakkelijk bereikbaar deel, zoodat twee onroerende goederen, al zijn ze ook van dezelfde grootte en van dezelfde qualiteit, met elkander daarom toch nog niet altijd gelijkstaan. Dit zou echter alleen een bezwaar opleveren om onroerende goederen vervangbaar van nature te noemen. Maar wanneer de vervangbaarheid afhangt van den wil van partijen, zullen zij, indien zij willen, over dit bezwaar kunnen heenstappen, wat echter wel tot de zeldzaamheden zal behooren.

Eene stilzwijgend bedongen vervangbaarheid, en dus verbruikleening, mag o.a. aangenomen worden, wanneer ter leen gegeven zijn verbruikbare zaken of niet-verbruikbare zaken, die dienen tot grondstoffen voor de fabricage. Wij hebben boven uiteengezet, waarom, indien deze zaken het voorwerp zijn van vruchtgebruik, dit een *quasi ususfructus* is; om dezelfde redenen, die wij niet zullen behoeven te herhalen, is van deze voorwerpen geen bruikleening doch slechts

---

[1]) *Het B. W. verklaard*, dl. X blz. 192. Anders echter in dl. III blz. 32 nt. 2 en bij Asser en van Heusde, dl. II blz. 18. Prof. Diephuis (*N. B. R.* (*Systeem*), dl. VII blz. 317) zegt, dat alleen roerende lichamelijke zaken fungibel kunnen zijn.

eene verbruikleening denkbaar, met uitzondering natuurlijk wederom van het geval, dat bij de overeenkomst is bepaald, dat de verbruikbare zaken in casu zullen moeten gebezigd worden op eene wijze, die geen verbruiking medebrengt. Wij merken slechts nog op, dat, evenals voor het oneigenlijk vruchtgebruik in art. 804, deze stelling voor verbruikleening reeds in art. 1791 te lezen staat, wanneer daarin niet voor het woord verbruikbaar „vervangbaar" gelezen wordt.

Evenals bij vruchtgebruik en om dezelfde reden zal ook geld of geldswaardig papier, het voorwerp zijnde van een leencontract, vervangbaar zijn. Dan geldt de regel: *„nummi fiunt accipientis"*; een regel, die ten overvloede uitdrukkelijk is nedergelegd in art. 1793 B. W. Immers dit artikel bepaalt, dat de schuld, uit leening van geld voortspruitende, alleen bestaat in de geldsom, die bij de overeenkomst is uitgedrukt, m. a. w. hij, die geld ter leen ontving, behoeft niet datzelfde geld terug te geven, maar heeft aan zijne verplichtingen voldaan, wanneer hij ander geld teruggeeft, dat dezelfde som vertegenwoordigt. Prof. Opzoomer [1]) had van dit artikel eene eenigszins andere opvatting. Hij verklaarde het niet uit de vervangbaarheid der te leen gegeven geldstukken. Volgens hem was wat hier ten gebruike afgestaan werd, niet het geld, maar de geldsom, niet het reëele, maar het ideëele, dat niet verandert door de verandering in het reëele gemaakt; immers men kon even goed zeggen, dat de uitleener dezelfde geldsom, als dat hij eene gelijke geldsom terugkreeg. Derhalve had hier geen teruggaaf van „evenveel van gelijke soort en hoedanigheid", maar van dezelfde zaak plaats, en van vervangbaarheid was geen sprake. Deze redeneering is echter onjuist, want art. 1793 zegt niet dat *het geleende* een geldsom is, doch — zeer terecht — dat de uit de leening voortspruitende *schuld* bestaat in een geldsom. Geleend worden guldens en rijksdaalders; teruggegeven moeten worden dezelfde of andere

---

[1]) T. a. p., X blz. 199.

guldens en rijksdaalders, of ook wel tienguldenstukken en dubbeltjes. De vervangbaarheid van de ter leen gegeven geldstukken, niet alleen door andere geldstukken van dezelfde soort, maar ook door geheel verschillende muntspeciën van hetzelfde totaal bedrag, kon niet juister uitgedrukt worden dan in art. 1793 geschiedt.

Geld is wel het meest voorkomend voorwerp der verbruikleening. Gewoonlijk worden daarbij interessen bedongen, en indien dit het geval is, is er een reden te meer om aan te nemen, dat vervangbaarheid de bedoeling was. Dit beding toch sluit in zich, dat de leener het geld zal mogen beleggen (d.i. uitgeven); anders zal hij daarvan geen renten kunnen trekken, en dus ook wel niet bereid gevonden worden renten uit te keeren. Op dezelfde wijze zal, indien bij eene leening van gewoonlijk verbruikbare zaken interessen bedongen zijn, daarmede alle twijfel opgeheven zijn, of zij ook in casu door den leener mogen verbruikt en dus vervangen worden.

Wanneer andere zaken dan de tot dusver besprokene voorwerp der leening zijn, zal men steeds voorzichtig moeten zijn met het aannemen der vervangbaarheid, en dus met het qualificeeren der overeenkomst als verbruikleening, zelfs wanneer het voorwerp tot de z. g. n. „quantiteiten" behoort. Want weliswaar vormt de verbruikleening niet eene uitzondering op de bruikleening, zooals het oneigenlijke vruchtgebruik op het gewone vruchtgebruik, maar men zal toch niet zonder bijzondere reden een niet in de overeenkomst uitgedrukt beding van vervangbaarheid als daaraan stilzwijgend toegevoegd mogen aannemen. Bepaald uitgesloten is natuurlijk de vervangbaarheid o. a. dan, wanneer de uitleener aan de uitgeleende zaak blijkbaar een *pretium affectionis* hecht. Een algemeene regel is voor de andere gevallen weder niet te geven; de omstandigheden moeten beslissen. Een voorbeeld moge dit ophelderen. Wanneer iemand van zijn vriend een boek leent, dan lijdt het wel geen twijfel, of hij zal hem hetzelfde exemplaar moeten terug-

geven, ook al bestaan er van dat werk 1000 soortgelijke exemplaren. Stel echter het geval, dat bij een boekhandelaar zeker werk is uitverkocht. Hij bestelt twintig nieuwe exemplaren bij den uitgever, maar daar hij deze pas over een week kan ontvangen, wendt hij zich tot een vakgenoot in dezelfde stad, die er nog vijftig heeft liggen, deelt hem het geval mede en leent er tijdelijk tien van hem. Om het geval zooveel mogelijk op het vorige te doen gelijken, willen wij aannemen dat hij dit niet zoozeer doet om die geleende exemplaren te verkoopen, dan wel om een leemte in zijne etalage aan te vullen, en dat hij dan ook geen enkel boekdeel heeft verkocht, wanneer de twintig nieuwe exemplaren van den uitgever aankomen. O. i. is nu de boekhandelaar volstrekt niet verplicht die nieuwe exemplaren van de geleende afgezonderd te houden, en heeft hij aan zijne verplichtingen jegens zijn vakgenoot volkomen voldaan, wanneer hij hem maar tien exemplaren teruggeeft, hetzij dezelfde die hij ter leen ontving, hetzij gekozen uit die welke de uitgever hem toezond. In dit geval zijn dus de geleende boeken vervangbaar, en dat het verschil van dit geval met het vorige niet zonder belang is, zal blijken, wanneer wij de rechtsgevolgen der vervangbaarheid bespreken.

Eerst moeten wij echter nog eene andere rechtsverhouding in behandeling nemen, wier gebied een ruim veld oplevert voor verschillende toepassingen van het beginsel der vervangbaarheid, en wel de lastgeving. Zoo dikwijls toch de lastgeving ten gevolge heeft, dat de lasthebber eenig goed van of voor den lastgever onder zich krijgt, kan de vraag rijzen, of hij dezen datzelfde goed moet opleveren, of wel volstaan kan met eenig ander goed van dezelfde hoedanigheid. Drie gevallen zijn hier te onderscheiden: de lasthebber kan de goederen van den lastgever ontvangen hebben òf om ze hem later terug te geven, òf om ze aan derden te leveren, maar hij kan ze ook van derden ontvangen hebben, om ze aan den lastgever te leveren. In al

deze drie gevallen zal het volgens het in het begin van dit opstel gestelde de wil van partijen zijn, die de al- of niet-vervangbaarheid bepaalt.

Wie zijn die partijen?

In de twee eerste gevallen hebben wij alleen te doen met den wil van den lastgever en dien van den lasthebber; wanneer er toch in het tweede geval een derde persoon bijkomt, heeft diens wil op de vervangbaarheid geen invloed, omdat de beslissing daaromtrent genomen is, voordat hij tot de zaak in eenige betrekking komt te staan. In het derde geval daarentegen zijn het de wil van den derde en die van den lasthebber, die de vervangbaarheid bepalen, en kan de wil van den lastgever alleen in zooverre in aanmerking komen, als hij dient om dien van den lasthebber te bepalen en te leeren kennen. Blijkt toch, dat in dit geval de lastgever gewild heeft, dat hem dezelfde goederen, die de lasthebber van derden zou ontvangen, zouden opgeleverd worden, en dat de lasthebber dit geweten heeft, dan kan deze er zich moeilijk meer op beroepen, dat hij in zijne overeenkomst met den derde stilzwijgend vervangbaarheid heeft willen stipuleeren.

De bedoeling nu der handelende partijen is, waar zij niet uitdrukkelijk is uitgesproken [1]), vaak weder moeilijk te raden. De omstandigheden zullen de weegschaal naar den eenen of anderen kant moeten doen overslaan: *jus in causa positum.* Mr. Simons [2]) meent, dat daar waar een betrekking van ondergeschiktheid tusschen lastgever en lasthebber bestaat, moet aangenomen worden, dat de vervangbaarheid is uitgesloten. Wij ontkennen niet, dat zulk een

---

[1]) Art. 1833 al. 2 B. W. sluit niet voor dit geval het beschikkingsrecht van den lasthebber en dus de vervangbaarheid der zaak uit, doch in verband met alinea 1 voor het geval dat de geheele werkkring van den lasthebber slechts in algemeene termen is omschreven, en de wetgever had hierbij in de eerste plaats het oog op eene lastgeving tot al de zaken van den lastgever betrekkelijk.

[2]) T. a. p. blz. 303.

betrekking van ondergeschiktheid een kostbare aanwijzing kan zijn. Van den ondergeschikte toch verwacht men een zeer strikte uitvoering van den gegeven last, en niet de redeneering, dat de meerdere ook wel tevreden zal zijn met eene vervulling *per aequipollens.* Dat de redeneering echter in alle gevallen de zaak uitmaakt, meenen wij met Mr. Simons zelven te mogen betwijfelen. Allereerst achten wij haar niet toepasselijk op zoodanige ondergeschikten, die zooals de agent, de zetbaas, de schipper eene zekere onafhankelijkheid tegenover hunne meerderen bezitten, op allen om kort te gaan, die geen dienst- of werkboden zijn. En vooral niet, wanneer zij als belooning een aandeel genieten in hetgeen zij voor hunne lastgevers ontvangen. In dit geval kunnen deze nooit eischen, dat hun dezelfde zaken zullen worden afgedragen als de lasthebbers ontvingen, omdat niet van ieder dier zaken vaststaat, dat zij daarop recht hebben. Doch ook wanneer het bedienden geldt, is vervangbaarheid niet uitgesloten. Wanneer bv. iemand aan zijn bediende een som gelds ter hand stelt met den last om daarmede een toegezonden nota te gaan voldoen, kunnen er tal van omstandigheden zijn, die er op wijzen, dat onvervangbaarheid van dat geld niet in zijne bedoeling lag. Zoo wanneer in zijne tegenwoordigheid de bediende het geld in zijne porte-monnaie sluit, waarin nog meer geldstukken aanwezig zijn. De lastgever weet dan, dat zijn bediende bij de voldoening de ontvangen geldstukken niet van de andere zal kunnen onderscheiden, en ze dus hoogst waarschijnlijk geheel of ten deele door andere vervangen zal. Zoo ook, wanneer de som niet in afgepast geld werd ter hand gesteld, of wanneer ééne som wordt ter hand gesteld, waaruit verschillende nota's moeten voldaan worden. In het laatste geval zijn de ter hand gestelde geldstukken althans onderling vervangbaar.

In tal van andere gevallen echter zal de betrekking van ondergeschiktheid tusschen lastgever en lasthebber de vervangbaarheid uitsluiten, zelfs wanneer het eene zoo vaak vervangbare zaak als het geld betreft.

Meer vrede kunnen wij hebben met eene andere vingerwijzing, welke Mr. Simons geeft, n.l. dat vervangbaarheid der goederen in den aard der rechtsbetrekking ligt, wanneer de verhouding der partijen blijkbaar eene zoodanige is, dat de lastgever in de soliditeit van den lasthebber zijn grond van vertrouwen vindt [1]). In dat geval toch is het den lastgever bij de overeenkomst, wanneer deze z.g.n. quantiteiten betreft, waarschijnlijk onverschillig, of de lasthebber de hem door den lastgever ter hand gestelde gelden of goederen tot volvoering van den last aanwenden, of ze tot een ander doel besteden zal, want hij vertrouwt, dat deze in het laatste geval altijd nog wel andere gelden of andere dergelijke goederen zal hebben of kunnen krijgen om daarmede den last ten uitvoer te leggen. Die verhouding van vertrouwen op soliditeit gegrond zal zelve echter gewoonlijk niet gemakkelijk te bewijzen zijn. De betrekking van den cliënt tot den notaris, advocaat of bankier behoort evenwel ongetwijfeld tot deze categorie; immers bestond het vertrouwen in de soliditeit hier niet, de cliënt zou zich tot een ander gewend hebben; aanleiding zijner keuze was juist dit vertrouwen. Hetzelfde zou, naar het schijnt, moeten gelden voor de betrekking tusschen patroon en makelaar of commissionnair. Hier zijn echter weer andere omstandigheden, die het aannemen der vervangbaarheid beletten. Wij kunnen deze echter, daar zij ten nauwste samenhangen met de rechtsgevolgen der vervangbaarheid, eerst later bespreken.

Wanneer ten slotte tusschen lastgever en lasthebber eene betrekking van rekening-courant bestaat, is hunne verhouding eene zoodanige, dat zij geacht mogen worden de vervangbaarheid der over en weer gecrediteerde zaken gewild te hebben. Immers, daarbij laat de crediteur den debiteur volkomen vrij om ermede te doen wat hij verkiest; zijn wil is alleen gericht op het uitbetaald krijgen van het saldo, dat mocht blijken hem bij het sluiten der rekening-courant

---

[1]) Hierop doelt ook von Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 2e dr. blz. 347.

toe te komen. Het is zelfs nog niet zeker, dat van zulk een saldo blijken zal; het kan derhalve niet de bedoeling van den crediteur geweest zijn, dat de debiteur de ontvangen gelden of geldswaardige papieren tot aan de afsluiting der rekening-courant afgezonderd zou houden, evenmin als hij zelf van plan was dat te doen met de gelden, die hij van de andere partij ontvangen zou [1]).

In al deze gevallen bestaat er eene bijzondere reden om de niet uitdrukkelijk gestipuleerde vervangbaarheid aan te nemen. Waar zulk een reden niet aangewezen kan worden, zal natuurlijk zulk een beding niet als stilzwijgend in de overeenkomst van partijen gelegd mogen beschouwd worden. Bepaald uitgesloten is de vervangbaarheid, wanneer er op het tijdstip der lastgeving geen waarschijnlijkheid bestond, dat de lasthebber zich een tweede dergelijke zaak zou kunnen verschaffen om daarmede de eerste te vervangen, bv. wanneer de lastgever den lasthebber om daaraan of daarmede den last te volvoeren eene zaak overgeeft, die, hoewel in meerdere exemplaren bestaande, vrij zeldzaam is, zooals een uitverkocht boekwerk en dergelijke. Doch ook wanneer het zaken betreft, die in een zeer groot aantal gelijke exemplaren voorkomen, kunnen de omstandigheden het aannemen der vervangbaarheid uitsluiten. Zoo is bv. zelfs het geld niet vervangbaar, wanneer het zich bevindt in handen van een ambtenaar [2]). Deze zal het in zijne hoedanigheid ontvangen geld niet mogen vermengen met zijn eigen kasgeld. Immers hij houdt een afzonderlijk kantoor, en daarmede een afzonderlijke kas van de daar ontvangen gelden; zij die hem deze gelden ter hand stelden kunnen dus niet anders verwachten, dan dat hij dezelfde geldstukken, welke hij ontving, zal afdragen waar zulks behoort, of wel ze zal bezigen voor

---

[1]) Terloops werd dit ook overwogen in het nader te bespreken arrest van het Hof van Amsterdam van 24 Febr. 1891, *P. v. J.* 1891, n°. 25. Zie de 7de overweging in fine.

[2]) Von Liszt, t. a. p. blz. 569 nt. 37. Verg. art. 359 Wb. v. Strafr.

andere doeleinden binnen den kring zijner ambtelijke werkzaamheden gelegen.

Wij hebben in het bovenstaande eenige grepen gedaan uit de menigte van gevallen, waarin bij lastgeving de vervangbaarheid ter sprake zou kunnen komen, zonder daarbij naar volledigheid te streven, wel overtuigd dat die bij de tallooze vormen, die de lastgeving kan aannemen, onbereikbaar zou blijken. En dit te meer, omdat wij niet eens zouden kunnen volstaan met het gebied van deze overeenkomst in alle richtingen te doorkruisen, maar onze onderzoekingen nog daarenboven zouden hebben moeten uitstrekken over het ruime veld van een aantal rechtsverhoudingen, die min of meer gelijkenis vertoonen met de betrekking tusschen lastgever en lasthebber. Met laatstgenoemden toch staan met betrekking tot de vraag, die ons bezighoudt, geheel gelijk de *negotiorum gestor*, de gerechtelijke bewindvoerder, en zelfs de vennoot, wanneer hij iets voor de vennootschap ontvangt. Alleen willen wij omtrent de beide eerstgenoemden nog opmerken, dat zij de vermogens welke zij beheeren niet uit de handen van den eigenaar ontvangen. De onderdeelen, waaruit die vermogens bij den aanvang van hun beheer zijn samengesteld, zijn dus nooit vervangbaar, omdat de daarvoor noodige wil van den eigenaar, daartoe strekkende, ontbreekt. Wanneer echter vermogensdeelen krachtens het recht van beheer zijn vervreemd, kan de opbrengst daarvan, en wanneer later andere vermogensdeelen bv. door inning van schuldvorderingen er bij zijn gekomen, kunnen deze vervangbaar zijn, al naar mate der omstandigheden.

(*Wordt vervolgd.*)

ZIJN MODERNE STAATSBEGRIP,

DOOR

Mr. R. MACALESTER LOUP,

te 's Gravenhage.

Aan waardeering heeft het zeker den grooten en goeden geleerde niet ontbroken, dien wij den 18[den] Mei op het schilderachtige kerkhof te Warmond — te vroeg, helaas! — ter laatste rustplaats hebben geleid. Den *vir integer scelerisque purus* hebben ook zijn tegenstanders hun eerbiedige hulde niet onthouden, en wie eenmaal aan zijn voeten nederzaten, ook al hebben zij in den strijd des levens andere leidslieden gekozen of al waanden zij zich bij de eischen van 't moderne leven aan zijn lessen ontgroeid, kwamen, door piëteit gedreven, nog eenmaal terug, om te getuigen dat hij hun veel was geweest. Allen, die hem gekend hadden, kwam weder zijn nobele persoonlijkheid voor den geest, en het waren woorden uit aller hart gegrepen, toen de apostel, dien deze Meester lief had, tot tweemaal toe, in het geschreven en het gesproken woord, hem gewijd, hierop vooral nadruk legde, dat aan die edele inborst, dat trouwe hart, die heilige overtuiging, waarvan de aanraking reeds weldadig aandeed, zijn groote invloed was te danken.

Hij, van wien zulk een getuigenis kan worden geschreven, heeft niet te vergeefs geleefd.

En toch!....

Zeer zeker was het bij dat geopend graf de plaats niet de vraag te stellen, welke de invloed is geweest zijner leer; in hoeverre hij geslaagd is in het streven om de geslachten, door hem gevormd, te doordringen van de beginselen, die

hem dierbaar waren; in hoeverre zijn staatsrecht de politiek onzer dagen heeft weten te beheerschen en te winnen voor zijn ideaal. Maar ongetwijfeld heeft die vraag al zeer spoedig velen beziggehouden, en zij eischt een antwoord. Ons is het veelbewonderde woord niet sympathiek: „*Le bien que l'on fait aux hommes, quelque grand qu'il soit, est toujours passager; les vérités qu'on leur laisse, sont éternelles.*" Niets is voorbijgaand, maar niets ook is eeuwig hier beneden; het goede zaad, dat men uitstrooit, kan vruchten dragen honderd-, duizendvoud, en — *es wechselt auf Erden die Wahrheit.* Maar gerechtvaardigd is de vraag, of onder het vele goede, dat een mensch kan doen voor zijn medemenschen, niet dit het bij uitnemendheid goede is, dat hij de waarheden weet te vinden en uit te spreken, beantwoordende aan de eischen van zijn tijd en zijn omgeving, die de geesten vervoeren en die bezielen tot daden. Dus een stempel te drukken op zijn tijd moet wel de hoogste eerzucht zijn van hem, die geroepen is het staatsrecht te leeren.

En nu is het niet te ontkennen, dat reeds bij het leven van Buijs, in de laatste jaren in klimmende mate, de vraag is gesteld, of hij er wel waarlijk in geslaagd is een school te grondvesten, wier kracht lag in zijn beginselen en wier taak is het verwezenlijken daarvan. Men betwistte zijn bevoegdheid niet, waar het de grondige verklaring betrof van ons staats- en administratief recht; men erkende, dat niemand helderder de beginselen daarvan wist te ontvouwen en met fijner dialectiek de consequentiën dier beginselen wist te trekken; men wist ook in zijn ontwikkeld rechtsgevoel en zijn hooge onpartijdigheid betrouwbare gidsen op de kronkelpaden der politiek te vinden. Maar als men vroeg, of zijn staatsleer de scherpe lijnen van een streng doorgevoerd stelsel te zien gaf, of hij aan de rechtmatige eischen van de zich steeds ontwikkelende moderne maatschappij bevrediging wist te schenken, of hij den weg aanwees, waarlangs de drang naar hervorming van ons politieke leven zich veilig kon bewegen, dan was veler antwoord teleur-

stellend. Velen oordeelden zijn begrippen te zwevend, zijn politiek te weifelend en angstvallig, zijn opvatting te conservatief. Anti-revolutionairen en radicalen beiden beweerden, dat hij abstracties diende en hun geen grond gaf onder de voeten, dat hij ernst en beteekenis van de democratische strooming onzer dagen niet zag.

Ik acht dit een miskenning van Buijs' beteekenis, en ik wensch enkele bouwstoffen bij te dragen tot het vormen van een juister oordeel.

Allereerst schuilt hier een groot misverstand.

Het treffendst kwam dit uit, toen men in de pers tegenover elkander stelde twee artikelen, het eene kort na het andere in *de Gids* verschenen, dat, waarin Buijs zijn bedenkingen ontwikkelde tegen Tak's kiesrecht, en dat, waarin de hoogleeraar Cort van der Linden tegenover het liberale individualisme zijn leer van den gemeenschapszin ontvouwde.

Ziedaar, zeide men, het nieuwe liberalisme naast het oude; naast Buijs, die het verouderde, het afgeleefde, het conservatieve standpunt vertegenwoordigt, dat terugschrikt voor de democratie, tot zelfs in *de Gids* de zich baan brekende stroom der moderne leer, die het individualistische liberalisme in den ban doet en als nieuw democratisch ideaal de opheffing der misdeelden, de beweldadiging der ongelukkigen najaagt. Zonderlinge tegenstelling, alsof niet beide schrijvers zich geheel verschillende vraagstukken ter beantwoording hadden voorgesteld. Aan den eenen kant dit, welke de taak van den modernen staat behoort te zijn, aan de andere zijde dat, hoe de staat behoort georganiseerd te wezen om zijn taak te vervullen. Er behoefde tusschen beiden geen strijd te zijn, eenvoudig omdat zij zich op verschillend terrein bewogen. Maar volgens een gangbare opvatting schijnt het nu eenmaal als van zelf sprekend vast te staan, dat wie van den staat een werkdadig ingrijpen in de oeconomische verhoudingen, een hervormingsarbeid in sociale richting verlangt, ook een democra-

tische staatsinrichting moet eischen, en dat omgekeerd wie terugschrikt voor sterke uitbreiding van den invloed der volksmassa op de organisatie der staatsmachten, ook geen oog heeft voor de wenschelijkheid om door middel van het staatsgezag maatschappelijke wanverhoudingen te verzachten. M. a. w. als axioma wordt aangenomen, dat hetgeen wij nu maar de oude of conservatieve liberale leer zullen noemen en het oeconomisch individualisme elkander noodwendig dekken. En zoo is dus ook Buijs herhaaldelijk als een onverbeterlijk individualist afgeschilderd.

Daartoe heeft hij toch waarlijk allerminst aanleiding gegeven.

Men behoeft slechts de rede op te slaan, waarmede hij in 1864 het hoogleeraarsambt te Leiden aanvaardde, om te ontwaren, hoeveel ruimer en milder in deze zijn geloofsbelijdenis zijn opvatting was van het moderne staatsbegrip.

Wij hebben slechts deze zeer karakteristieke woorden over te schrijven: „Ik hoop niet dat men mij van ontrouw aan een geliefkoosd vaandel zal beschuldigen, wanneer ik hier als mijn meening te kennen geef, dat vele beoefenaars van de staathuishoudkunde met hun blind *laissez-faire*, een ruim aandeel hebben gehad aan die (de) te enge grensbepaling van de staatsmacht, en dat zij, de natuurlijke verdedigers van het eigendomsrecht, den staat meer dan eens hebben willen berooven van hetgeen dezen inderdaad toebehoort." Ik wil erkennen, dat de aanval op het *laissez-faire*-systeem bezwaarlijk in behoedzamer termen kon worden gekleed, mits men mij dan ook toegeve, dat er toen en in die omgeving tot zulk een critiek heel wat meer zelfbewuste moed noodig was dan thans. Trouwens wij behoeven aan deze enkele uiting ons niet vast te klampen, geheel het artikel ademde dienzelfden geest. Voor niets deinsde Buijs reeds toen zoozeer terug als voor het stellen van enge grensbepalingen aan de staatshoogheid. De taak van den staat weigerde hij steeds te omschrijven, omdat

die wisselde met de wisselende eischen van het maatschappelijk leven. Het recht om in te grijpen in de rechten en vrijheden der individuen wilde hij den staat nooit ontzeggen, wanneer de bereiking van het staatsdoel kon worden bevorderd. „Elke ontwikkeling van de gemeenschap in haar natuurlijke richting, elke ontwikkeling dus die slechts strekt om voor den mensch de mogelijkheid om zich te volmaken ruimer open te stellen dan zij tot nog toe was, is in het belang zelfs van het individu, wiens rechten daardoor schijnbaar worden gekwetst; terwijl omgekeerd, wanneer het individu door de volle ontwikkeling van zijn vrijheid de rechten van den staat mocht verzwakken, hij zelf door die verzwakking meer schade zou lijden dan de begeerde ontwikkeling hem zou kunnen baten." En dat verschillende tijden verschillende eischen stellen, Buijs zou de laatste zijn om het voorbij te zien. Hij gewaagt van „het hoog gewicht van het historisch moment in het moderne staatsrecht; het eischt — gaat hij voort — geen stellige onveranderlijke grenzen van de staatsmacht, maar erkent dat deze zich moeten wijzigen naar mate 's menschen opvatting van zijn levensdoel zelve verandering ondergaat. Zal de staat inderdaad zijn wat hij wezen moet, de instelling welke het den mensch mogelijk maakt te zijn wat hij zich voorstelt *te moeten* zijn, dan dient hij te groeien met het individu en zijn vormen te plooien naar den inhoud, welken hij geroepen is te beschermen. De voorwaarden, welke hij verwezenlijkt, zijn de voorwaarden, welke de mensch op een gegeven oogenblik voor zich behoeft". — „Een belemmering welker wegruiming gisteren nog de tusschenkomst van den staat gebiedend vorderde, heet heden geen belemmering of kan zonder staatshulp worden opgeheven. Naarmate het individu in kracht toeneemt, vallen er staatsbemoeiingen weg, maar worden er ook nieuwe geboren, omdat elke periode van ontwikkeling haar eigen bezwaren met zich brengt, welke den staat op een terrein voeren dat hem vroeger vreemd bleef." En verder: „De orthodoxie van de

staatkundige partijen is groot, ook van de liberale. De partijen kunnen zich haar beginselen, voor zoover die werkelijk te vinden zijn, schier niet anders voorstellen dan in den vorm van bepaalde resultaten. Deze worden nagejaagd met hartstochtelijke voortvarendheid meest, maar, eens verkregen, ook veelal vastgehouden als uitdrukking van een volkomenheid, die zij toch inderdaad niet uitdrukken. Vandaar een groot gevaar: terwijl de heerschende meerderheid rust en berust in haar overwinning, ontwikkelen zich de denkbeelden van een jonger geslacht en komt dat aldra met eischen te voorschijn, welke door een klove van het bestaande gescheiden worden, alleen omdat men aan het bestaande niet heeft voortgearbeid."

Werd de leer der evolutie ook op politiek gebied ooit onomwondener beleden?

Nochtans, zal men beweren, heeft Buijs zich nooit bijzonder warm gemaakt, nooit zelfs openlijk hartelijke sympathie betuigd voor wat wij nu maar kortheidshalve zullen noemen de sociale politiek onzer dagen, zelfs wel eens gewaarschuwd voor de lange armen, die men den staat wilde geven. Daarvoor bestond meer dan éen reden. Vooreerst lag zijn werkzaamheid meer op ander terrein, dat van het publiek recht, en hielden zijn groote bescheidenheid en behoedzaamheid hem terug zich stellig uit te laten over zaken, die hij niet tot in den grond had bestudeerd. Bovendien was hij te zeer overtuigd van de beperktheid van het vermogen van den staat, om zoo maar blindelings aan te nemen, wat velen socialen hervormers een axioma schijnt, dat de staat kan, wat hij wil, en handelende in bepaalde richting, ook datgene bewerkt, wat zij, die hem in die richting sturen, beoogen. Maar principiëel was hij van staatsbemoeiing bij verre zoo afkeerig niet, als zij willen doen voorkomen, die zijn leer met het lange jaren gangbare oud-liberalisme en dat liberalisme met de leer der staatsonthouding vereenzelvigen.

En merkwaardig mag het heeten, dat van dezelfde

zijde, die hem in den laatsten tijd te groote aanhankelijkheid aan die leer verweet, een zestiental jaren geleden juist de grief is geuit, dat zijn leer die was van het staatsalvermogen, die der staatsbemoeiing geen grens stelde. Ik doel op zijn strijd met den heer De Savornin Lohman, die, toen aan 't begin zijner politieke loopbaan, in zijn *Gezag en Vrijheid* de leer ontwikkelde, dat de roeping van den staat geen andere mocht zijn dan die om *uitspraak te doen tusschen strijdige belangen.* Wat hij daartegenover plaatste, was de stelling, dat de staat overal en te allen tijde geroepen was het *algemeen belang te bevorderen*, en voor de consequentiën dezer stelling is hij nimmer teruggedeinsd. Het kon hem zeer zeker niet moeilijk vallen de onhoudbaarheid van de leer van den heer Lohman in het licht te stellen. Alleen bij de groote mate van scherpzinnigheid, dezen geharnasten strijder eigen, die de gewrongenste dialectiek niet versmaadt en met vernuftige paradoxen speelt, was het mogelijk vol te houden, dat al hetgeen, zonder tegenspraak ook van zijn zijde, aan den staat wordt opgedragen, kan worden teruggebracht tot den plicht om tusschen strijdige belangen uitspraak te doen. Dit zij hoe het zij, reeds de poging om de staatstaak binnen zoo enge formule te beperken, toont aan, hoe afkeerig men aan die zijde is van uitbreiding der staatsbemoeiing, terwijl omgekeerd wie de ruime leer huldigt, dat de staat altijd gerechtigd, ja verplicht is daar op te treden, waar een algemeen belang te bevorderen valt, met zoovele woorden bewijst in beginsel voor de meest uitgebreide staatsbemoeiing niet terug te schrikken.

Te dezen zou men zelfs kunnen beweren, dat Buijs met het oud-liberalisme in ernstige botsing kwam. Thorbecke's *Narede* was in een anderen toon gesteld. Daar stond staatsonthouding op den voorgrond. Daar werd den staat tot taak aangewezen het recht te verwezenlijken, terwijl ter verwezenlijking van andere doeleinden, die in de menschelijke maatschappij worden nagestreefd, bijzondere kringen

bestemd heetten. Dit schijnt een scherper omlijnde theorie, maar het lijdt wel geen twijfel, of hier heeft Buijs, de man der theorie, beter de voor de practijk bruikbare waarheid weten te vinden dan Thorbecke, de practische staatsman. Die leer der „kringen", in den lateren tijd door de anti-revolutionairen geannexeerd, was, het is bekend genoeg, ontleend aan de Duitsche rechtsphilosophie, hun beider leidsvrouw, aan den veelgeprezen en zelden gelezen Krause en den gladderen en gemakkelijkeren Ahrens, beiden in rechte linie afstammende van Kant. Maar Buijs, die Ahrens gaarne volgde, hechtte nu juist aan die kringen-theorie niet zoo bijzonder veel. Wel erkende hij natuurlijk, dat in de maatschappij verschillende kringen zich van nature vormen en aangewezen zijn, om elk binnen eigen levenssfeer de ontwikkeling der menschelijke persoonlijkheid, als individu en als maatschappelijk wezen, in al haar volheid na te streven; wel erkende hij, dat de staat geroepen is de vrijheid van elk dier kringen te waarborgen en hun de onmisbare levensvoorwaarden te verschaffen voor haar ontwikkeling, maar hij was te zeer doordrongen van de hooge roeping van den staat om er vrede mee te hebben, dat hem een tamelijk negatieve, althans min of meer ondergeschikte rol werd toebedeeld.

Het is waar, Kant's geestelijke zonen hadden dien staat wel tot hooger rang opgeheven dan dien van politiedienaar, waarmede hij zich naar 's Meesters leer moest vergenoegen. Bleef hij rechtsgemeenschap, of met andere woorden die speciale kring, die bestemd was tot verwezenlijking der rechtsidee, die rechtsidee zelve had positieven inhoud erlangd. De staat was meer dan grensbewaker en ordebewaarder: hij behoorde tevens alle voorwaarden te verschaffen, die noodig waren om de andere kringen in staat te stellen haar roeping te volgen. Vandaar tot het handelend optreden op 't gebied van elk dier kringen zelve, was slechts één stap, en feitelijk deed Ahrens dien stap. Als drager der hoogste macht, als omvattende de gansche gemeenschap, als ge-

wapend met de kracht zijn wil in daden om te zetten, kan de staat handelen, waar anderer krachten tekortschieten; ontwikkeling brengen, waar de zelfstandige ontwikkeling te wenschen overlaat; door zijn optreden datgene verwezenlijken, wat anderen nalaten tot stand te brengen; aldus particulieren en particuliere kringen tot voorbeeld zijn en steun. Zoo begreep reeds Ahrens dat naast en met het recht *das Wohl* der maatschappij door den staat moet worden bevorderd (*die fördernde Thätigkeit des Staates*), en zoo schroomde Buijs niet het woord uit te spreken, dat overal en te allen tijde bevordering van het algemeen belang de taak was van den staat. En inderdaad ook de werkzaamheid van Thorbecke op zoo menig gebied liet zich theoretisch niet anders rechtvaardigen, dan door feitelijk deze stelling tot grondslag te maken van de politiek.

Schijnt nu een onafzienbaar veld van werkzaamheid voor den staat geopend, als men de behartiging van het algemeen belang hem opdraagt, Buijs legde te grooten nadruk op het woord *algemeen* om zich te spoedig tot allerlei plannen van staatsbemoeiing te laten verleiden. En dit verklaart wellicht het best den onwil van een moderner richting tegenover den leermeester, omdat zij in den regel onmiddellijk bereid is de staatsmacht aan 't werk te stellen ten bate van eenig bijzonder belang, dat zich zelf niet redden kan. Toch, hoever men practisch op die wijze kan uiteengaan, in beginsel is hier wederom het verschil zoo groot niet als bij den eersten aanblik schijnt. Wanneer men te doen heeft met een algemeen belang, — het laat zich in algemeene bewoordingen zoo moeilijk zeggen. De uitdrukking is onbepaald, maar spot ook met alle pogingen om haar nader te bepalen. Geenszins kan bedoeld zijn, dit spreekt wel van zelf, het belang van allen hoofd voor hoofd, zoodat de staat alleen gerechtigd zou zijn op te treden, wanneer is aan te wijzen, dat al zijn leden individueel daarbij baat vinden. Ook wie een atomistische staatsleer huldigt, kan dien eisch niet stellen, — hoeveel minder Buijs, die in

niets zoo sterk geloofde als in het eigen leven, in het organisch karakter der gemeenschap met haar eigen algemeen belang naast en boven de individueele belangen. Maar daarom moest hij ook tot de conclusie komen, dat al wat strekken kan om de gemeenschap als zoodanig krachtiger te maken, beter aan haar bestemming te doen beantwoorden, een algemeen belang was. En nooit ontkende hij, dat dit algemeen belang ook kon bevorderd worden door het dienen van de belangen van bijzondere groepen en bepaalde individuen. In de maatschappij zag hij een strijd van belangen, waarin de staat geroepen was verzoening te brengen. Niet slechts door als een scheidsrechter uitspraak te doen, gelijk de leer van den heer Lohman wilde, maar juist ook door bijzondere belangen in bescherming te nemen, die in den strijd des levens dreigden onder te gaan, daar, gelijk hij 't meermalen uitdrukte, de staat zelf lijdt, als zijn bijzondere deelen lijden. Het was naar zijn inzicht het belang van den staat al zijn organen zoo krachtig mogelijk te maken om aan hun bestemming te beantwoorden, terwijl de maatschappij een strijd van allen tegen allen te zien gaf, op elkanders vernietiging gericht. Belang van den staat was de orde, maar juist daarom ook de vrijheid der individuen, en niet een bloot formeele vrijheid, maar een vrijheid, die de individuen in staat kon stellen onbelemmerd aan hun bestemming te beantwoorden.

De ontwikkeling van dit thema, waarbij met voorliefde de voortreffelijke geschriften van Lorenz von Stein werden gevolgd, kon men tallooze malen uit den mond van den hoogleeraar hooren. Meer is waarlijk niet noodig, om 't boven twijfel te verheffen, dat ook het dienen van bijzondere belangen den staat tot taak kan worden gesteld. Echter steeds onder deze voorwaarde, dat dan ook werkelijk door het dienen van een bijzonder belang een belang der gemeenschap worde bevorderd.

En kan, welbeschouwd, iemand die voorwaarde overbodig achten? Het spreekt van zelf, dat waar bijzondere

belangen gediend worden, andere bijzondere belangen worden geschaad; het moet dus steeds de vraag zijn, door behartiging van welk belang het algemeen belang het best wordt bevorderd. Het spreekt van zelf ook, dat waar den een steun en hulp van den staat wordt geschonken, de ander, die dit moet dulden, in zijn vrijheid belemmerd wordt; het moet dus steeds de vraag zijn, of die vrijheidsbelemmering door een hooger, door een algemeen belang wordt gerechtvaardigd. Voor Buijs waren dit gewetensvragen, die hem vaak deden aarzelen partij te kiezen, terwijl de jongeren over de moeilijkheid maar al te licht schouderophalend heenstappen.

Is nu in dit opzicht de leer van Buijs verouderd, of zouden wij nog niet, ook juist in dit opzicht, van hem te leeren hebben? In het streven naar sociale wetgeving speelt de deernis met de slachtoffers van den socialen strijd een groote rol. En waarlijk, het onbarmhartige *laissez-faire* was zijn leuze niet, voor wien het dichterwoord geschreven kon worden geacht:

Gevoel? — in geen vrouwlijke borst schuilt er teerder.

Maar ook het toegeven aan 't gevoel van deernis was zijn zaak niet, als dieper inzicht hem leerde, dat het beoogde doel niet te bereiken was of voor te duren prijs werd gekocht. Hoe hoog hij het staatsbegrip mocht stellen, hoe zeer hij geloofde in de macht van den staat, hij wist te goed, dat de staat ten slotte slechts is wat de individuen van hem maken en dat hij niet alles vervullen kan, wat mateloos begeeren van hem eischt. Nimmer sloot hij het oog voor de keerzijde der medaille. Zoowel ten aanzien der door den staatssteun beweldadigden zelven, op wier veerkracht en karakter een verlammende en verslappende invloed kan worden uitgeoefend, als voor zooveel betreft de verkorting van anderer recht en vrijheid, die steeds het complement is van verhooging van recht en vrijheid aan de eene zijde. Voor niets was hij zoo bevreesd als voor exploitatie der staatsmacht ten bate van politieke doeleinden. Hoe

ernstig klonk het wederom in zijn inaugureele oratie: „Terwijl het onbetwistbaar de roeping is van het staatsrecht om de leidsman te zijn van de politiek, zien wij hoe die politiek zich meestal opwerpt als leidsvrouw van het staatsrecht en hare begrippen op dat recht overdraagt. En kan het anders, als het terrein van de wetenschap de bodem is, waarop alle belangen en hartstochten zich kruisen en woelen? Is de theorie in overeenstemming met de heerschende belangen, eerbiedig wordt dan haar uitspraak aangehoord en alom als orakeltaal afgekondigd; bestaat er echter strijd, dan moet de geldende theorie voor een nieuwe wijken, toegeeflijker en verdraagzamer dan die welke men afkeurde."

Kan men de juistheid dezer grief ontkennen, als men ziet, hoe telkens weer gepredikt wordt, dat op het terrein van den staat het leven is een voortdurende strijd van *belangen*, en dat onderdrukte *belangen* recht hebben zich te doen gelden naar de mate hunner kracht? Zij, die de staatsleer van Buijs verouderd noemen, verkondigen dan ook in den regel geen nieuw staatsrecht, maar zoeken slechts naar middelen, om de belangen, die zij verwaarloosd achten, door middel van den alvermogenden staat tot wat zij noemen hun recht te doen komen. Is de Eerste Kamer daarvoor een beletsel, dan verdwijne de Eerste Kamer of buige zij althans onvoorwaardelijk het hoofd; is het koningschap een hinderpaal, het kan desnoods worden geduld op voorwaarde, dat het zich in een sfeer van volstrekte werkeloosheid opsluite; zijn vierjarige parlementen te traag van beweging voor het ongeduld van de massa, laat er dan ieder jaar een nieuwe verkiezing zijn. Laat zich niet op deze wijze de modernste staatsleer resumeeren? Maar kan daar dan nog sprake zijn van staatsrecht?

Het was de vrees voor een in dergelijke verleidelijke vormen gehuld exploitatie-stelsel, dat Buijs de banier van den staat als rechtsgemeenschap zoo hoog deed houden.

De staat, zeide hij, altijd weer in dezelfde oratie „is feitelijk vrij, slechts gebonden aan de stem van zijn eigen

geweten. Daarin ligt het gevaar, maar daarin ook het verhevene en de grootheid van het staatsrecht. Het is daarbij niet enkel te doen om de leer van het staatsvermogen, niet enkel om staats-wetenschap, maar ook om staatsmoraal en wel om moraal het meest." Voor hem was de staat als een verheven godheid, ten opzichte van wier kleed hij met angst en vreezen meer en meer het dichterwoord bewaarheid zag:

Da zupfen schon
Dämonen an den Zipfeln, möchten gern
Zur Unterwelt es reissen,

en voor zijn leer en zijn leven was het: *Halte fest!* de leuze. Een krachtige, deugdelijke organisatie van het staatsgezag, waaraan men „houvast" had, waarin een behoorlijk weerstandsvermogen zich kan ontwikkelen, was daarom voor hem het eene noodige.

Zou dit ook niet nog voor onze dagen het noodige zijn? Zonderlinge tegenspraak; terwijl als van dag tot dag hooger eischen aan het staatsgezag worden gesteld, de staatsbemoeiing op elk gebied zich voortdurend uitbreidt, bekommert men zich al minder over de vraag, hoe den staat het best te organiseeren, om hem voor de reuzentaak berekend te maken, die hem wacht. Als maar de meerderheid van het volk zich kan doen gelden, dan meent men gereed te zijn. Alsof daarnevens niet tal van andere vragen rijzen. Hoe zijn waarborgen te vinden, dat de wil der meerderheid niet in strijd komt met het belang der gemeenschap? hoe de belangen der minderheden te behoeden tegenover de willekeur der meerderheid? hoe de meerderheid zelve te leeren haar belang goed in te zien en zich te wapenen tegen overijlde besluiten? hoe bij de almacht der meerderheid het recht te handhaven tegen elke schennis van welke zijde ook?

Zie, dat de meerderheid ten slotte moet regeeren, dat zij de richting van het staatsbestuur moet aangeven, Buijs was inderdaad te nuchter, om deze uit den aard der dingen

voortvloeiende waarheid achter allerlei quasi-philosophische weefselen weg te goochelen. Van de anti-revolutionaire theorie, waarmee alle praktijk spot, dat „de overheid" regeert en de volksvertegenwoordiging geen macht uitoefent, maar slechts *bij* de overheid voor de volksrechten heeft op te komen, doorzag hij al de holheid en ledigheid. Dat de constitutioneele monarchie in onze eeuw noodzakelijk leiden moet tot den parlementairen regeeringsvorm, m. a. w. tot de oppermacht der parlementaire meerderheid, in zijn laatste *Gids*-artikelen werd het nog volmondig erkend. Maar Buijs was niet ten onrechte bang voor „de meerderheid". Troost en sterkte trachtte hij te putten uit deze beschouwing, wederom in zijn inaugureele oratie: „zoolang.... in het staatsgezag het bewustzijn van de eenheid spreekt, is wel dwaling mogelijk, maar geen opzettelijk verkorten van de rechten der individuen. Doch — en ziedaar de groote onvolkomenheid — slechts zeer zelden kunnen wij de eenheid verwezenlijken; wellicht altijd moeten wij ons tevreden stellen met dat wat de eenheid meest nabij komt, namelijk de meerderheid. Geen noodlottiger verschijnsel dan de zucht om die onvolkomenheid, waarvoor geen geneesmiddel bestaat, tot grondslag te maken van een geheel politiek stelsel, en die zucht openbaart zich reeds daar, waar men altijd de rechten van meerderheid en van minderheid tegenover elkander stelt. De meerderheid op zich zelve is niets, want al de rechten, die zij uitoefent, bezit zij slechts als vertegenwoordigster van de eenheid, de alleen souvereine macht. Men zegge niet, dat ik hier een spitsvondige onderscheiding maak, want die schijnbare spitsvondigheid is het résumé van alle staatsmoraal. Het individu is veilig tegen de overheersching van den staat zoolang het geweten van de eenheid elk besluit van de meerderheid leidt." Een eerbiedwaardige troostgrond zeker, dit bouwen op het geweten van de eenheid, maar — *conscience is a coward* zei Oliver Goldsmith al, en ook op dit gebied is het waar. De practische vraag werd, hoe dit geweten

wakker te maken, hoe het te sterken, hoe het te doen spreken, of m. a. w. hoe de macht der meerderheid te dwingen om te luisteren naar de stem van dat geweten. Ziedaar gansch het practische bedoelen van de lessen, door den betreurden leermeester dertig jaren lang der studeerende jongelingschap voorgehouden. Ziedaar ook den grondtoon van wat men genoemd heeft het conservatisme van Buijs.

In dit licht heeft men nu mede te beschouwen het laatste optreden van Buijs, zijn critiek van de aanhangige kieswet. Principiëel gekant tegen een sterke uitbreiding van kiesrecht was die studie allerminst, getuige reeds het opschrift: „Aan gene zijde van 't algemeen kiesrecht." Wie een hervorming om des beginsels wille met al de kracht, die in hem is, gaat bestrijden, vangt niet aan met uit te gaan van de onderstelling, dat die hervorming tot stand komt. Ook uit de beschouwingen zelve, die dezen titel droegen, heeft de Minister, die haar voorstelde, minstens even krachtige argumenten kunnen putten ten gunste van zijn ontwerp, als de tegenstanders gronden daartegen. Algemeen stemrecht was dan ook met 's hoogleeraars modern staatsbegrip volstrekt niet in strijd. Evenals Thorbecke achtte Buijs het kiesrecht gegrond in het staatsburgerschap, in het deelgenootschap van den staat, zoodat het ook voor hem moest zijn een gemeen recht, niet een voorrecht; — maar ook, evenals Thorbecke de stelling huldigde, dat het niet te doen was om hen die kiezen, maar om hen, die gekozen worden, stelde hij op den voorgrond, dat het doel van het verleenen van kiesrecht geen ander kan zijn dan het verkrijgen van een *goede* volksvertegenwoordiging. Vandaar bij beiden een zeer begrijpelijke slingering als tusschen twee polen. Aan den eenen kant een oprecht streven om toch niemand uit te sluiten, van wien met eenigen grond kan worden beweerd, dat hij tot het uitbrengen eener keuze bekwaam is te achten, aan den anderen kant de ernstige zorg om de kans op het verkrijgen eener waarlijk goede, voor haar taak berekende vertegenwoordiging niet door te

ruime uitbreiding van kiesrecht in de waagschaal te stellen. Men doet Buijs grootelijks onrecht aan, als men zijn eisch eener goede volksvertegenwoordiging dus verklaart, dat hij alleen goed achtte een volksvertegenwoordiging, met wier politiek hij het eens kon zijn. Goed was voor hem die vertegenwoordiging, om nog eens zijn woorden aan te halen, waarin „het geweten van de eenheid elk besluit van de meerderheid leidt". Onjuist is dan ook de voorstelling, dat het hem onverschillig was, of de volksvertegenwoordiging een zuiver beeld was der natie. Hij meende integendeel, dat de veelgebruikte tegenstelling tusschen een vertegenwoordiging, die goed is, en eene, die een zuivere afbeelding is der natie, op te lossen is in een harmonisch akkoord. Slechts kwam hij op tegen de stelling — en hierin scheidde hij zich van de radicale woordvoerders — dat een zuiver beeld der natie eerst dan wordt gevonden, als alle belangen in de gelegenheid zijn hun eigen vertegenwoordigers aan te wijzen. Uitsluiting verlangde hij van hen, die niets te vertegenwoordigen te hebben, in dien zin, dat zij geen politieke denkbeelden hebben te vertegenwoordigen, dat zij zich omtrent den staat en het doel van zijn werkzaamheid nauwelijks een voorstelling hebben gevormd. Dat allen zonder onderscheid een belang hebben, kon hij natuurlijk gereedelijk toegeven, maar zoolang zij zich niet kunnen opheffen tot het besef van een algemeen belang, los van en boven hun bijzonder belang, achtte hij vertegenwoordiging van dat belang geen eisch van het recht, maar een gevaar voor den staat.

Wie nu ten aanzien van Tak's kieswet tot een andere conclusie zijn gekomen dan Buijs, hebben daarom nog niet het standpunt van Buijs verlaten. Men behoeft niet het stemrecht als een natuurrecht te beschouwen, noch ook de vertegenwoordiging van alle belangen naar hun getalsterkte als een eisch des rechts aan te zien, om desniettemin tot de conclusie te komen, dat een uitbreiding der kiesbevoegdheid, zoover de grondwet toelaat, op dit oogenblik is een

eisch van staatsbelang. Dat de grondwet tegen de zoogenaamde finale uitbreiding zich niet verzet, Buijs was onbevangen genoeg om het openlijk te erkennen tegenover de gewrongen spitsvondigheden, waarin een kleingeestige, quasi-historische uitlegkunde zich vermeit, en dat elke grenslijn, die men weder zou willen trekken, aan schromelijke willekeur mank gaat, hij was te openhartig om het, zelfs bij zijn eigen zoeken naar zulk een grenslijn, te verhelen. Wellicht zag hij dit niet voldoende in, dat staatsmanswijsheid kan vorderen voor de wassende volksbeweging te zwichten, of liever was hij wat te veel man van de studeerkamer om de kracht der volksbeweging te meten, haar diepte te peilen. Ook wil het mij voorkomen, dat, waar hij van het overwicht der bijzondere belangen die vertegenwoordigd willen zijn, een exploitatie der staatsmacht tot schade der gemeenschap vreesde, hij te zeer voorbijzag, dat de belangen, die tot nog toe uitsluitend vertegenwoordigd zijn, zich evenmin steeds bekwaam toonden om zich tot het besef van 't algemeen belang op te heffen, noch voor de belangen der niet-vertegenwoordigden te allen tijde een open oog bleken te hebben. Mij althans komt het voor, dat juist daarom de vertegenwoordiging op zoo breed mogelijken grondslag moet rusten, opdat de behartiging van het algemeen belang beter dan tot nog toe worde gewaarborgd. Maar de gevaren eener oppermachtige volksvertegenwoordiging ontveins ik mij niet, en juist acht ik het van Buijs gezien, dat hij buiten die vertegenwoordiging zocht naar waarborgen voor een krachtig staatsgezag en voor een organisatie der staatsmachten zoodanig, dat behartiging van het belang der gemeenschap het best is verzekerd. Slechts zoude ik meenen, dat dit aan deze zijde van het algemeen stemrecht minstens even noodig was, als het aan gene zijde van het algemeen stemrecht wezen zal.

Doch met mijn inzichten behoef ik thans den lezer niet bezig te houden. Wat ik bedoeld heb, is slechts dit te belijden, hoe ik bij dat geopend graf gevoelde, dat de machtige

greep van den Meester niet loslaat, wie eens geweest is onder de bekoring van zijn bezielend woord, maar ook, hoe voor hen, die staan midden in het politieke leven van onzen tijd met al zijn nooden en bezwaren, die de eischen der sociale ontwikkeling erkennen en door den machtigen drang naar hervorming worden gedreven, dat woord, mits wel verstaan, van zijn hooge waarde nog niets heeft verloren.

Exposé de la Jurisprudence française en matière de droit commercial international [1]),

PAR

E. DRAMARD,

Conseiller à la Cour d'appel de Limoges.

§ 3. Distribution du prix: des diverses espèces de créances.

107. — La saisie conservatoire d'un navire étranger peut être ordonnée par le président du tribunal de commerce au profit du porteur de lettres de change protestées contre l'armateur. Mais la validité de cette saisie ou la demande en main levée sont de la compétence exclusive du tribunal civil. Cass. Civ. 11 nov. 1885, *Jal dr. intern. pr.* 1886, p. 204. — V. Nimes 12 juillet 1854, *Sir.* 1854, 2, 754; — Cass. 22 août 1882, *D. P.* 1883, 1, 215. — V. *infrà* n°. 110.

108. — 1°. *Privilèges.* — L'existence des privilèges et l'ordre dans lequel ils s'exercent étant régis par la législation particulière à chaque Etat (art. 3 du C. civ.), il a été jugé par suite que le consul qui a fait procéder à la vente des débris d'un navire naufragé en pays étranger, a pu valablement remettre le prix de la vente à un créancier dont le privilège avait été judiciairement reconnu par les tribunaux du pays, où le gage a été réalisé et où se fait la distribution (dans l'espèce le tribunal de Buénos-Ayres), et que, dans ces conditions, le constructeur avait pu être payé par le consul de travaux de réparations par lui effectués au navire, et cela au préjudice des salaires de l'équipage, alors surtout qu'il n'était pas prouvé que la priorité qu'on

[1]) V. *Rechtsgeleerd Magazijn*, t. XI (1892), p. 568 s.

alléguait fut consacrée par la législation de Buénos-Ayres. Rouen 22 juillet 1873, *D. P.* 1874, 2, 181. Cf. par analogie, Rouen 2 août 1873, *Ibid.* p. 179.

109. — Jugé d'autre part 1°. que la distribution du prix d'un navire étranger faite en France, même entre créanciers étrangers, est réglée par la loi française; — 2°. qu'en matière de privilèges et de voies d'exécution, les meubles et conséquemment les navires, sont soumis à la loi du pays où ils se trouvent; — 3°. mais que la loi française régit le fond du droit, la régularité du titre de créance étranger est déterminée par la loi du pays où les conventions constitutives de leurs droits (salaires, loyers) ont été passées. (Trib. civ. Bordeaux 20 août 1883, *Jal dr. int. pr.* 1884, p. 190; — Desjardins, *Droit marit.*, n°. 104.) — M. Clunet fait observer que les deux premières propositions sont contestables. V. en sens contraire: Lyon-Caen, dissertation dans le *Jal dr. int. pr.* 1877, p. 479, et 1882, p. 241; — Labbé, sous arrêt de Caen 12 juillet 1870, *Sir.* 1871, 2, 57; — Question n°. 41, *Jal dr. int. pr.* 1882, p. 179. — Le tribunal constatait que d'ailleurs les privilèges réclamés dans l'espèce paraissent admis par la loi anglaise elle-même, qui accorde préférence sur navire et sur frêt aux gens de mer pour leurs salaires.

110. — Mais, si les tribunaux français ne peuvent connaître du fond des contestations entre les créanciers étrangers pour avances faites à un navire étranger et au capitaine étranger de ce navire, ils ont au moins qualité pour ordonner les mesures conservatoires nécessaires pour sauvegarder les droits des parties tels qu'ils résultent des titres apparents. — Trib. civ. de Marseille 13 févr. 1880, *Jal dr. int. pr.* 1880, p. 303. Cf. sup. n°. 107.

111. — L'art. 191 du C. de Co. énumère les créances privilégiées sur le prix des navires et l'art. 192 n'en autorise la collocation qu'autant qu'elles sont justifiées dans les formes qu'il prescrit. Il a été jugé, par application de leurs dispositions et des principes rappelés plus haut, que le

créancier étranger qui réclame le bénéfice d'un privilège doit prouver l'accomplissement des formalités exigées par les articles cidessus visés: Aix 9 déc. 1870, *D.P.* 1874, 2, 175; — *Sir.* 1871, 2, 115; — Cass. Req. 19 mars 1872 (précité n°. 106). — Spécialement les gages et loyers des gens de l'équipage, ce qui comprend les officiers, doivent être constatés par les rôles d'armement et de désarmement arrêtés dans les bureaux de l'inscription maritime; c'est là une règle absolue qui ne comporte pas d'équipollents. Un acte authentique serait insuffisant pour constater le louage d'un homme de l'équipage. On s'est demandé si une telle justification est exigée avec cette rigueur des matelots étrangers qui en cette qualité échappent aux prescriptions de *l'inscription* maritime à laquelle sont soumis les seuls français. Mais on a répondu que les étrangers ne peuvent être admis à bénéficier des dispositions de la loi française qui leur sont avantageuses sans se soumettre aux justifications auxquelles elle subordonne l'octroi de ses faveurs. (Arrêts d'Aix et de Rouen précités; — Demangeat, *Droit Comm.*, t. 4, p. 50. — V. néanmoins Trib. de Nantes 28 nov. 1860, *Rec. de Jurispr. du Hâvre* 1862, 2, 37).

112. — Aux termes de l'arrêt d'Aix du 9 déc. 1870 relaté plus haut, la solution est la même en ce qui concerne le prêteur étranger qui a fourni les fonds pour les besoins du navire pendant son dernier voyage; son privilège ne peut être exercé qu'autant que la nécessité de l'emprunt est justifiée au moyen d'états arrêtés par le capitaine et les principaux de l'équipage; et cela, alors même que l'emprunt aurait été contracté à l'étranger, pour un navire étranger et par un capitaine étranger ignorant les prescriptions de la loi française (V. *Dall. Rép.*, V° *Droit marit.* n°. 245 et s.).

113. — Toutefois il a été décidé, quand une distribution par contribution est ouverte en France sur le prix d'un navire étranger saisi en France, que le privilège des gens d'équipage est régulièrement justifié par les rôles d'arme-

ment et de désarmement arrêtés dans les bureaux du consulat de la nation à laquelle le navire appartient. Il en est de même du privilège accordé par l'art. 191, 2° du C. de Co. pour les sommes payées à raison des droits de tonnage, navigation, etc., dont l'avance faite par le capitaine, est constatée par les pièces émanant du consul étranger. Trib. civ. de Marseille 31 déc. 1881, *Journal de Jurisprud. de Marseille* 1882, 2, 26; — *Gaz. du Pal.* 1882, 2, 179; *Jal de dr. int. pr.* 1882, p. 34. Cf. Lyon-Caen, *Etudes de droit international* etc. dans le *Jal de dr. int. pr.* 1877, p. 479, et 1882, p. 241.

114. — Lorsqu'un navire étranger parti d'un port étranger pour une destination déterminée, et retour du port de départ, effectue son retour dans un port intermédiaire français où l'équipage est congédié ou remplacé, et le navire affrété au gouvernement français pour un autre voyage, avec expéditions françaises, il y a rupture et terminaison du premier voyage, et le nouveau voyage entrepris doit être considéré, non comme une continuation du premier, comme une échelle, mais comme un nouveau, comme le dernier voyage. Dans ces conditions, le capitaine et le second, seuls conservés de l'ancien équipage pour le nouveau voyage, ne peuvent réclamer de privilège sur le prix du navire pour solde des salaires qu'ils prétendent leur être encore dus à raison du premier voyage, lors surtout qu'ils ont reçu ceux du second sans réserves ni protestations: Aix 21 Nov. 1833, *Journ. de Jur. Com. de Marseille*, t. 14, 1, 257.

115. — Un navire étranger a été saisi et vendu en France aux enchères publiques, et le prix, déposé à la caisse des consignations, est devenu l'objet d'une procédure de distribution; l'adjudicataire est fondé à réclamer une somme qu'il a été obligé de payer pour droits d'invalides au consul de la nation à laquelle le navire ressortait avant la vente, afin d'obtenir les expéditions nécessaires pour le faire naviguer. Sa réclamation doit être accueillie encore bien que

d'une part, il n'ait pas été fait mention au cahier des charges de la somme qu'il aurait à payer pour la cause susénoncée, et que d'autre part il n'ait formé sa réclamation qu'après la clôture de la distribution: Aix 21 nov. 1833 précité.

116. — La dette des frais du rapatriement des matelots étrangers nécessité par la rupture du voyage et la vente du navire étranger effectuée en France, est privilégiée sur le prix de ce navire; mais elle donne en outre ouverture à une action personnelle et indéfinie contre l'armateur, qui peut encore être recherché alors même que le droit de privilège n'aurait pas été exercé sur le produit de la vente. Il a été jugé en conséquence que l'administration de la marine n'encourt aucune responsabilité pour avoir négligé de faire allouer les frais de rapatriement sur le prix du navire, alors que, d'une part lesdits frais n'étaient pas encore exposés lors de la distribution du prix, et que d'autre part, les frêts encaissés par les armateurs dans la traversée antérieure suffisaient pour faire face aux dépenses du rapatriement: Rouen 22 juillet et 2 août 1873, *D.P.* 74, 2, 179.

117. — Le créancier pour prêt à la grosse jouit-il du privilège des art. 191 9° et 192 7° du C. de Com., ou bien ce privilège est-il éteint par l'effet de la loi française sur l'hypothèque maritime du 10 déc. 1874? — Rappelons d'abord qu'antérieurement à cette loi la cour de cassation a jugé qu'une hypothèque constituée à l'étranger (dans l'espèce en Angleterre), sur un navire étranger ne peut être exercée sur ce navire se trouvant dans les eaux françaises, parce que la législation française n'admettait pas alors l'hypothèque maritime (Cass. Req. 19 mars 1871, *Sir.* 1872, 1, 238; *D.P.* 1874, 1, 465 et la note). Pour revenir à la question posée plus haut, le tribunal civil de Marseille a reconnu au préteur à la grosse le droit d'être colloqué par hypothèque en vertu de l'effet attaché par la loi du pays à son titre qui avait été rendu exécutoire en

France, par le motif qu'au moment où il demandait sa collocation sur le prix du navire la loi française sur l'hypothèque maritime venait d'être promulguée. La Cour d'Aix, le 22 nov. 1876, sur l'appel de ce jugement, a décidé que le créancier ne pouvait être admis que chirographairement, lui faisant perdre à la fois le privilège de préteur à la grosse aboli par la loi nouvelle sur l'hypothèque maritime (art. 27) et le bénéfice de l'hypothèque parce que son droit n'avait pas été inscrit en France conformément à cette loi (*D. P.* 1878, 2, 103; *Sir.* 1880, 1, 260). Mais cet arrêt a été cassé par la cour suprême par son arrêt du 25 nov. 1879 décidant en substance que le créancier qui a prêté à la grosse, avant le départ, sur un navire étranger ne peut plus, à la vérité, exercer en France son privilège depuis la loi de 1874, mais que depuis cette loi une hypothèque, consentie valablement sur un navire étranger, produit ses effets en France, sans qu'il y ait à s'attacher au point de savoir si les formalités de publicité prescrites par la loi française ont été remplies, du moment que les dispositions de la loi nationale du navire ont été observées. Sur ce point la Cour de Cass. reconnaît au juge du fond le pouvoir de constater souverainement si l'hypothèque constituée sur le navire étranger remplit les conditions de forme exigées pour la validité de cet acte par la loi du pays où il a été passé (Affaire Barbaressos: *Sir.* 1880, 1, 257; *D. P.* 1880, 1, 56; *J^al^ de dr. intern. pr.* 1880, p. 583. Cf. *Ibid.*, 1876, p. 455, et 1877 p. 428 et 486). Cette double solution se rattache ainsi au principe général de droit international privé admis par la jurisprudence et par la doctrine, à savoir que pour déterminer quels droits de préférence (privilèges, hypothèques, etc.) peuvent exister sur un meuble, on doit se référer à la loi du pays où ce meuble se trouve au moment où les créanciers veulent exercer sur lui les droits qu'ils invoquent. Ainsi quand les meubles appartenant même à un étranger sont vendus en France, c'est la loi française et non celle du pays du pro-

priétaire de la chose qui doit fixer quels créanciers ont ou n'ont pas de privilèges à faire valoir sur le prix (V. sup. n°. 106). — La Cour de Grénoble, saisie par le renvoi de la Cour de Cass., s'est approprié le système de celle-ci dans un arrêt du 11 mai 1881, *D. P.* 1883, 2, 65, et, en note, la dissertation très complète du professeur Levillain, et celle du prof. Labbé, dans *Sir.* 1881, 2, 225; — *La Loi*, 22 mai 1881; *Gaz. du Pal.* 1883, 2, 28, 4e pie. — V. enc. Aix 9 déc. 1870, *D.P.* 1874, 2, 175; — Rouen 22 juillet 1873, *D.P.* 1874, 2, 180; — Cass. Req. 19 mars 1872, *D.P.* 1874, 1, 465 et la note.

Cette doctrine a été critiquée par le motif que les navires sont des meubles d'une espèce particulière qui ont une nationalité révélée par leur pavillon, un domicile, un nom, un statut, particularités qui ne permettent pas de les assimiler aux autres meubles au point de vue des principes, de l'utilité pratique et du crédit maritime. V. note de Lyon-Caen sur l'arrêt du 25 nov. 1879 dans *Sirey*, *loc. cit.*, et une dissertation du même auteur dans le *Jal de dr. int. pr.* 1877, p. 482 et s.; et un examen doctr. de L. Renault dans la *Rev. crit.* 1881, p. 481.

118. — Dans l'espèce qui vient d'être rapportée le préteur à la grosse, à défaut du privilège, pouvait exercer, d'après son titre, l'hypothèque maritime; mais la difficulté peut se produire sous une autre forme: les lois commerciales des autres nations n'ont pas toutes supprimé le privilège du prêt à la grosse concurremment avec l'hypothèque; le Code de commerce italien notamment, l'a conservé (art. 671, 13°). Dans cet état la loi française s'oppose-t-elle absolument à ce que le privilège attaché au prêt à la grosse s'exerce sur un navire étranger se trouvant dans les eaux françaises? Nous venons de voir que telle est la jurisprudence de la cour d'Aix dans son arrêt du 22 mai 1876 et qu'elle est conforme à la règle qui paraît établie que les préférences sont régies par la loi du pays où se fait la distribution du prix du gage réalisé. Cependant la Cour de Rouen, confir-

mant un jugement du tribunal du Hâvre du 12 janvier 1887, a décidé au contraire que le privilège du prêt à la grosse antérieur au départ pouvait être exercé par le préteur sur un navire italien saisi et vendu au port du Hâvre (*Rev. internat. de dr. marit.* 1886/7, p. 684; *Rev. crit.* 1889, p. 625).

119. — *Hypothèque maritime.* — Bien que la loi française du 10 déc. 1874, qui déclare les navires susceptibles d'hypothèques, ne concerne directement que les navires français ou régis par la loi française, on n'en doit pas moins conclure, suivant la cour de cassation, qu'en France l'hypothèque établie sur un navire n'est contraire à aucune loi prohibitive. En conséquence l'hypothèque légalement conférée à un étranger sur un navire étranger, peut produire ses effets en France. Il n'y a pas, dans ce cas, à s'attacher aux formalités de publicité prescrites par la loi française; leur observation n'est pas substantielle, si les dispositions de la loi nationale du navire ont été observées. „Attendu", dit la Cour de Cassation, „que les formalités prescrites par la loi du 10 déc. 1874 ne pouvant s'appliquer qu' à l'hypothèque sur les navires français, leur inaccomplissement en ce qui touche l'hypothèque sur les navires étrangers ne saurait faire obstacle à ce que cette hypothèque reçoive son effet en France, lorsqu'elle a été régulièrement constituée suivant la loi des pays auxquels appartiennent ces navires" (Cass. 25 nov. 1879 et Grenoble [sur renvoi] 11 mai 1881, précités. V. encore dans *Sirey*, *loc. cit. sup.*, la note de Lyon-Caen sur ce nouveau point. Une dissertation de Levillain dans *D. P.* 1891, 2, 105 et les autorités qu'il cite § 2 et 3). Le tribunal de commerce de Marseille a décidé en conséquence que l'on doit appliquer en France tous les effets attachés au prêt hypothécaire, lorsque l'on trouve dans l'ensemble des dispositions de la loi étrangère (dans l'espèce la loi grecque du 13/25 nov. 1851) les véritables caractères de l'hypothèque maritime (Trib. de Com. de Marseille 4 avril 1881 [Rizzo c. Caraman], *Jal de dr. int.*

pr. 1882, p. 302. — Cf. *Ibid.* 1876, p. 455; 1877, V° *navire* et la note p. 428; 1880, p. 583, 1881, p. 428).

Il appartient aux juges du fond de constater souverainement si l'hypothèque constituée sur un navire étranger remplit les conditions requises. V. *Sup.* n°. 117.

120. — Mais cet effet reconnu à l'hypothèque conférée sur un navire étranger n'est-il subordonné, en France, à aucune condition? Dans la plupart des cas l'hypothèque à laquelle le créancier veut faire produire effet en France, soit en saisissant le navire, soit en demandant seulement collocation sur le prix dudit navire, a été conférée par contrat passé en pays étranger. Cette circonstance fait naître une autre question qui est controversée. L'art. 2128 du Code Civil français dispose que „les contrats passés en pays étranger ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens de France, s'il n'y a des dispositions contraires à ce principe dans les lois politiques ou dans les traités". Faut-il appliquer cette prohibition à l'hypothèque maritime constituée en pays étranger? Si elle n'est pas applicable, faut-il au moins, en vertu des principes généraux du droit et notamment du dernier alinéa de l'art. 2123 du C. civ., prescrire l'accomplissement de quelque formalité exigeant l'intervention de l'autorité française pour ramener à exécution le titre étranger? La Cour d'Aix dans l'arrêt précité du 22 nov. 1876 (V. sup. n°. 117) avait déclaré l'art. 2128 applicable. Suivant la Cour de cass. (Ch. civ. 25 nov. 1879, *D. P.* 1880, 1, 56; — *Sir.* 1880, 1, 257 déjà cités) l'hypothèque maritime, en tant que frappant un navire étranger, ne tombe pas sous le coup de l'art. 2128 C. c. Cette disposition d'après son texte comme d'après son esprit, ne s'applique qu'aux immeubles situés en France, et ne peut, par conséquent, être appliquée aux navires étrangers qui ne se trouvent qu' accidentellement en France, et qu'une fiction légale, sur laquelle repose la sécurité des mers et du commerce maritime, répute partie intégrante du pays dont ils portent le pavillon. Il doit suffire dès lors, pour

que les contrats passés en pays étranger puissent conférer en France une hypothèque sur un navire étranger que ces contrats y aient été déclarés exécutoires conformément aux art. 2123 du C. c. et 546 du C. de proc. civ.

121. — La Cour de Cassation tranche ainsi implicitement et en termes généraux une difficulté qui semble ne pouvoir être résolue que par une distinction. La Cour de Bordeaux, allant plus avant, décide expressément, en visant l'art. 546 du C. de proc. civ. et en se fondant sur des considérations supérieures et d'ordre public, qu'„en produisant à une contribution ouverte devant un tribunal français pour la distribution du prix d'un navire saisi et vendu en France, loin de se borner à faire un acte conservatoire, le créancier étranger a ramené à exécution par la seule voie qui lui fut ouverte un acte souscrit en Angleterre entre son débiteur étranger et lui; que d'après les principes consacrés par la Cour de Cassation elle même (par son arrêt du 25 nov. 1879, *Sir.* 1880, 1, 257 et *D. P.* 1880, 1, 56. V. sup. n°. 117) l'exécution en doit être demandée par voie d'action principale, suivant les règles ordinaires de la procédure et débattue en audience publique" (Bordeaux 2 juillet 1888, *D. P.* 1891, 2, 105; — *Sir.* 1891, 2, 125, et les autorités citées dans la note. — *Jal de dr. int. pr.* 1889, p. 628. *Rev. internat. de droit marit.* 1888/9 p. 406; — Cf. *Rev. crit.* 1889 p. 621). A l'encontre de cette doctrine on a fait observer que la force obligatoire d'un acte était toute différente de sa force exécutoire et sur le fondement de cette distinction la décision subénoncée de la Cour de Cassation et celle de la Cour de Bordeaux ont été l'objet de vives et sérieuses critiques de la part de deux professeurs des facultés de droit M.M. Levillain et Lyon-Caen (V. deux dissertations du premier dans *D. P.* 1883, 2, 65 et 1891, 2, 105, et celle du second sous l'arrêt de Cassation déjà cité du 25 nov. 1879, *Sir.* 1880, 1, 257. Cf. le *Jal de dr. int. pr.* 1882, p. 302; 1884, p. 640; 1885, p. 360, et une dissertation de Daguin, *Ibid.* 1889, p. 48 et 463).

D'après ce système les art. 546 C. pr. c. et 2123 C. c. n'ont rien à voir dans les affaires résolues par les arrêts ci-dessus, pas plus que l'art. 2128 C. c. Suivant les principes généraux du droit un acte passé à l'étranger produit en France tous ses effets, sauf ceux qui se rattachent à la forme exécutoire. L'art. 2128 C. c. est une dérogation à ce principe que rien ne justifie et qui ne peut être étendu à l'hypothèque maritime en l'absence d'un texte précis. Le titre de créance passé à l'étranger n'a besoin d'*exequatur* qu'autant que le bénéficiaire voudrait pratiquer en vertu de cet acte une mesure d'exécution, c'est-à-dire faire appel au pouvoir exécutif. Le produire à une ordre pour être payé sur le prix de la chose hypothéquée, n'est pas faire un acte d'exécution et le titre, non revêtu de la forme exécutoire, suffit à justifier la demande. Ce n'est pas là le cas de faire intervenir la juridiction française, et l'*exequatur*.

Il en serait différemment s'il s'agissait de saisir le navire étranger dans un port français, que ce fût d'ailleurs en vertu d'un titre conférant hypothèque, ou seulement en vertu d'une simple créance chirographaire ; mais ce ne serait pas encore le cas d'invoquer les art. 2123 C. c. et 546 C. pr. c., qui ne visent que les *jugements* étrangers, sans parler des contrats. Le créancier devrait donc dans ce cas obtenir, non pas une sentence d'*exequatur*, mais un jugement de condamnation. (V. Demangeat et Fœlix, t. 2 p. 215 et s.; Boitard, *Leçons de procédure*, édit. Glasson, t. 2, sur l'art. 546 [15e éd. p. 254]; — Dalloz, *Code de proc. ann.*, art. 546 n°. 129 et s.).

122. — Avant la loi de 1874 qui a introduit en France l'hypothèque maritime, il a été jugé que la constitution d'un *mort-gage*, qui équivaut à l'hypothèque, consenti en Angleterre conformément à la loi anglaise, au profit de créanciers anglais, sur un navire anglais appartenant à un sujet anglais, n'est pas opposable aux créanciers français, alors que, d'une part, le propriétaire du navire a été déclaré en faillite en France, où il avait établi sa résidence habituelle,

et que, d'autre part, le navire a été saisi dans un port français et mis en vente devant un tribunal français. La Cour de Caen et après elle la chambre des requêtes de la Cour de Cassation ont jugé que le droit ainsi consenti ne vaut ni comme hypothèque, l'hypothèque des navires n'étant pas encore admise par la loi française; — ni comme nantissement alors que les créanciers anglais n'ont pas été mis réellement ni fictivement en possession du navire; — ni comme privilège de constructeur, du moment que l'acte constitutif du *mort-gage* n'énonce pas que la dette ait eu pour cause la construction du navire, et que d'ailleurs ce privilège serait éteint par suite des voyages que le navire avait effectués avant la saisie (Caen 12 juillet 1870; Cass. Req. 19 mars 1872, *D. P.* 1874, 1, 465; *Sir.* 1872, 1, 238; — V. une note de Levillain dans *D. P.* 1891, 2, 105, I). — Cette décision ne trouverait plus guère à s'appliquer en tant qu'elle a trait à l'hypothèque; mais elle conserve tout son intérêt quant aux autres questions qu'elle résout. Cf. une dissertation dans le *Jal de dr. intern. pr.* 1882, p. 179.

123. — Aux termes de la loi du 11 juillet 1885, modificative de celle de 1874 (V. *Rechtsgeleerd Magazijn*, t. V. (1886), p. 568) toutes les formalités qu'elle prescrit pour la conservation de l'hypothèque maritime, la sécurité de la créance qu'elle garantit, et la vente éventuelle du navire, doivent être remplies au port d'attache de ce navire ou auprès du tribunal du lieu. On en a tiré la conséquence que la substitution à ce port d'un autre port d'attache à l'étranger diminue les suretés données au créancier, en le plaçant dans l'impossibilité de profiter des dispositions édictées pour la sauvegarde de ses droits. Il en est ainsi alors même que le navire qui acquiert un port d'attache étranger, demeurerait immatriculé dans le port français auquel il appartenait, cette immatricule n'étant plus que fictive par la raison qu'un navire ne peut pas en réalité avoir deux ports d'attache. Dans ces conditions le créancier hypothé-

caire pour prêt fait au propriétaire, dont les suretés sont ainsi diminuées, a le droit de poursuivre contre son débiteur la déchéance du bénéfice du terme. Ce droit ne peut être paralysé sous prétexte qu'il savait, lorsqu'il a fait le prêt, que le navire était susceptible d'être employé dans des services gouvernementaux étrangers, cette éventualité étant différente de celle de la substitution d'un port étranger à un port français. — Quant à la question de savoir quelle influence peut exercer, sur le sort d'un contrat d'hypothèque, la substitution d'un port d'attache étranger à un port français, elle tombe sous le contrôle de la Cour de Cassation (loi du 10 juillet 1885, art. 1, 7, 83). — Ces différentes solutions sont données par la chambre civile de la Cour de Cassation dans un arrêt du 19 déc. 1888 (*D. P.* 1889, 1, 57; V. le jugement du trib. de com. de Marseille dans cette affaire 23 nov. 1885 et arrêt d'Aix du 23 févr. 1886 dans le *Jal de dr. int. pr.* 1886, p. 194 et 332) dans des circonstances de fait qu'il est intéressant de préciser pour en faire connaître la portée. La compagnie Morelli, de Marseille, avait fait une association pour l'exploitation d'une ligne de bâteaux entre Marseille et Port-au-Prince (Haïti) et avait affecté à ce service deux navires grévés d'une hypothèque au profit de la Compagnie de Bessèger. Il était stipulé que le port d'attache serait Port-au-Prince et que les batiments navigueraient sous pavillon haïtien. Le créancier estimant qu'ils ne pouvaient être détournés de la navigation de la Méditerranée, et que la modification de leur situation, notamment le changement du port d'attache était de nature à produire une diminution du gage, demanda la nullité de l'association et la déchéance du terme. Le tribunal de Commerce de Marseille et la Cour d'Aix par arrêt confirmatif du 23 févr. 1886 rejeta cette demande; mais la Cour de Cassation, par les motifs dont la substance a été donnée plus haut, cassa cette décision.

124. — *Nantissement.* — La Cour de Caen a décidé, par arrêt du 7 février 1878, que l'acte de nantissement sous

forme de vente passé en Angleterre dans la forme de la loi du pavillon était valable à l'égard d'un navire anglais, même mouillé dans les eaux françaises. *Jal de droit intern. pr.* 1878 p. 337.

(*A suivre.*)

HET NEGATIEVE EN HET POSITIEVE STELSEL OMTRENT EIGENDOM VAN DEN GROND,

DOOR

Mr. H. J. HAMAKER,

Hoogleeraar te Utrecht.

Er is over het onderwerp, dat dit jaar den 28sten Aug. in de vergadering der Ned. Jur. Vereeniging behandeld zal worden, in den laatsten tijd zooveel geschreven en het Bestuur der Vereeniging biedt bovendien den leden drie zulke uitnemende praeadviezen aan, dat ik er niet aan gedacht zou hebben het onderwerp nog eens te behandelen, indien niet de Redactie van dit tijdschrift mij daartoe had uitgenoodigd. Die vereerende uitnoodiging heb ik niet willen afslaan.

De voor den eersten dag aan de orde gestelde vraag, luidende: Is herziening wenschelijk van het stelsel onzer wet omtrent eigendom van den grond in de richting van het Grondboek- of het Torrens-stelsel of in anderen geest? is door het Bestuur naar aanleiding van de praeadviezen opgelost in twee bestanddeelen.

Het eerste der door het Bestuur gestelde vraagpunten luidt: Is het — *welk stelsel omtrent den eigendom van den grond men aanneme* [1]) — wenschelijk, dat bewijskracht omtrent de grenzen der perceelen worde toegekend aan een met dat doel samengesteld kadaster?, terwijl de volgende vraagpunten bestemd zijn de vergadering te stellen voor de keuze tusschen het negatieve, het grondboek- en andere stelsels en dus betrekking hebben op de verschillende mid-

---

[1]) Ik cursiveer.

delen vroeger en later uitgedacht om zekerheid te geven, niet omtrent de grenzen der, maar omtrent de rechthebbenden op de perceelen. Tweeërlei geschillen omtrent onroerend goed moeten onderscheiden worden: de grensgeschillen tusschen rechthebbenden op naburige erven, geschillen dus over de *individualiteit* der perceelen, en geschillen tusschen twee partijen die elk een, het andere uitsluitend, recht beweren op éénzelfde perceel, geschillen alzoo over de rechtmatigheid van *titels*, dit woord genomen in den ruimen zin van wijzen van verkrijging. Beide soorten van geschillen hebben niets met elkaar gemeen en de middelen uitgedacht om ze te voorkomen of, nadat zij ontstaan zijn, te beslissen, zijn daarom ook geheel onafhankelijk van elkander. Zij staan elk op zichzelf, moeten afzonderlijk worden beoordeeld en ingevoerd. Om deze reden komt de door het Bestuur in de vraagpunten tot stand gebrachte splitsing mij voor zeer rationeel te zijn en zal ik in de volgende bladzijden 't gegeven voorbeeld volgen.

Het kadaster. — Wat ons tegenwoordig kadaster is, behoeft ter nauwernood herinnerd te worden. De staat heft onder den naam van grondbelasting eene soort van grondrente van de perceelen, waarin de bodem van Nederland gesplitst is. Het kadaster is niets anders dan het geheel der kaarten en registers, bestemd om de overheid tot eene ordelijke en billijke heffing der belasting in staat te stellen. De belasting is verschuldigd (art. 47 van de wet van 26 Mei 1870 n°. 82) door hen die „genot (hebben) van de gebouwde of ongebouwde eigendommen krachtens recht van bezit of eenig ander zakelijk recht". Om te weten tot wie hij zich voor de betaling der belasting te wenden heeft, heeft de staat dus behoefte aan een lijst der gerechtigden (eigenaren, vruchtgebruikers, opstallers, erfpachters, gebruikers of bewoners) met aanwijzing van de perceelen waarop zij gerechtigd zijn. Het bedrag van hetgeen ieder te betalen heeft wordt bepaald door de belastbare opbrengst van elk der perceelen waarop hij recht heeft (art. 1 van bovengenoemde

wet). De staat heeft dus behoefte aan een register, dat hem de perceelen doet kennen en de belastbare opbrengst van elk perceel.

Beide voor de heffing der belasting onmisbare gegevens worden den staat verschaft door het kadaster. In den zoogenaamden perceelsgewijzen kadastralen legger komen zij vereenigd voor. Deze legger is een register, dat op de namen der gerechtigden de perceelen aanwijst, waarop zij recht van eigendom enz. hebben, met opgave van de soort van 't goed (huis, weiland, bouwland, enz.), van de grootte en van de belastbare opbrengst, terwijl bovendien verwezen wordt naar een plan (eene kaart) waarop het perceel en zijne ligging met betrekking tot andere perceelen staan afgebeeld. Om tot de kennis der perceelen en hunne belastbare opbrengst te geraken, heeft de regeering den bodem van Nederland doen opnemen en opmeten; het resultaat van die opname en opmeting is, voor zoover het daarvoor vatbaar was, in kaart gebracht.

De opgemeten en afgebeelde grenzen zijn van drieërlei aard. Ten eerste zijn het de bezitsgrenzen; waar het bezit van den een ophoudt en dat van den ander begint, wordt een lijn getrokken. Ten tweede zijn het de grenzen der bebouwing: de gebouwen worden afgeteekend, en ook wat de ongebouwde gronden betreft, worden de stukken van eene bepaalde bebouwing (weiland, bouwland, bosch, enz.) door lijnen aangeduid, onverschillig of zij aan één dan wel aan verschillende eigenaars toebehooren. Ten derde zijn het de feitelijk bestaande vaste afscheidingen, zooals heggen, grachten, openbare wegen, rivieren, beeken en andere. Zij worden opgemeten en afgebeeld, ook al vallen zij samen noch met bezits- noch met bebouwingsgrenzen. Kadastraal perceel is nu elk stuk grond, door grenzen van één of meer dezer drie soorten omsloten.

Zie hier dus het bestaande kadaster: het is eene lijst en omschrijving van de perceelen, in den bovenbedoelden zin van dit woord, met aanwijzing van den rechthebbende op

elk perceel; of een lijst van de rechthebbenden met aanwijzing en omschrijving van de perceelen waarop ieder recht heeft. Het doel is de heffing van de grondbelasting.

Dat dit kadaster op de rechten en verplichtingen der bijzondere personen onderling geen invloed hebben kan, behoeft geen betoog en is dan ook onder deskundigen algemeen erkend: het heeft, gelijk men zegt, geene bewijskracht noch ter aanwijzing van den rechthebbende noch ter vaststelling van de grenzen.

Hoe zou het bewijskracht kunnen hebben? Ik wijs slechts terloops op de, door de ambtenaren van het kadaster zelven erkende, onnauwkeurigheid, waaraan het lijdt. In talrijke gevallen staat een perceel ten name van een ander dan den rechthebbende. En wat de grenzen betreft, het schijnt vast te staan, dat in vele streken van 't land de technische arbeid van het meten véel te wenschen heeft overgelaten, zoodat zelfs daar waar de landmeter de ware bezitsgrenzen voor zich had, die grenzen in de cijfers en op de kaart niet altijd juist zijn weergegeven; bedenkt men nu bovendien dat de landmeter zonder twijfel dikwijls als grens heeft aangezien en opgemeten, wat geen grens was, en dat in tallooze gevallen de op zeker oogenblik juist opgenomen ware grenzen later zijn veranderd, op rechtmatige of op onrechtmatige wijze, zonder dat het kadaster er ooit kennis van kreeg, dan voelt men dat er aan de nauwkeurigheid van het kadaster, wat de grenzen betreft, heel wat ontbreken moet.

Doch ik herhaal: dit slechts ter loops. Al was het kadaster veel nauwkeuriger dan het is, het zou toch tusschen de bijzondere personen onderling geenerlei werking mogen oefenen wegens de wijze, waarop het is opgemaakt en wordt bijgehouden. Het is het product niet van de samenwerking, de overeenkomst van belanghebbenden of van na het hooren van beide partijen gegeven rechterlijke beslissingen, maar van de éénzijdige daad der regeering, die in het belang van hare administratie goed gevonden heeft aan-

teekening te houden van de subjecten en de objecten van den grondeigendom, naar haar beste weten, op grond van de inlichtingen haar door hare ambtenaren verstrekt. Het kadaster is daarom voor de bijzondere personen in hunne onderlinge verhoudingen een res inter alios acta, waarmee zij niets te maken kunnen hebben. Of dit ten onzent altijd duidelijk ingezien is, valt echter te betwijfelen. Ik spreek er nu niet van, dat een groot deel van het publiek geneigd is op de inlichtingen, door het kadaster verschaft, af te gaan; ik denk aan den wetgever zelf, die m. i. het wezen van de instelling geheel uit het oog verloor, toen hij in art. 1219 B. W. den eisch stelde, dat in akten van hypotheekverleening het bezwaarde goed zou worden aangeduid naar aard en ligging volgens de kadastrale indeeling, en in art. 8 der wet van 16 Juni 1832 (n°. 29), art. 37 al. 2 van de wet op het notariaat aan alle openbare ambtenaren in het algemeen en aan notarissen in het bijzonder de verplichting oplegde, op straffe van boete, om in alle akten, bestemd om te worden over- of ingeschreven ten hypotheekkantore, de onroerende goederen aan te duiden met sectie en nummer van het kadaster.

Dit bevel, dat indien het kadaster de bijzondere personen bond en den omvang van ieders goed bepaalde, volkomen begrijpelijk zijn zou, is thans ongerijmd. Wat we willen verkoopen of bezwaren is zeker stuk van den bodem van Nederland, dat we bezitten en dat binnen zekere op het terrein herkenbare grenzen is begrepen. En de wet dwingt ons als verkocht of bezwaard te noemen een kadastraal perceel, dat misschien met 't object van ons bezit overeenstemt, misschien grooter of kleiner of anders begrensd is, en waarmee we, voorzoover er verschil is, letterlijk niets te maken hebben. Zij dwingt ons dus, ons tot iets meer of iets minder of iets anders te verbinden dan we kunnen en willen. Het is bekend, dat men zich in de akten tegen de gevaren, die op deze wijze voor ons zouden kunnen ontstaan, pleegt te vrijwaren door uitdrukkelijk te verklaren,

dat men, de kadastrale omschrijving gebruikende, voor hare juistheid niet verlangt in te staan.

Wanneer nu onder I door het Bestuur der Jur. Vereeniging de vraag is gesteld of het wenschelijk is een nieuw kadaster samen te stellen en daaraan bewijskracht toe te kennen omtrent de grenzen der perceelen, dan is daarbij m. i. niet te denken aan eene verbetering van het bestaande belastingkadaster, aan eene hervorming van dit laatste op zulk eene wijze dat het te gelijkertijd de regeering bij het heffen van de grondbelasting en de bijzondere personen voor de beslissing hunner onderlinge geschillen dienen kan. De bedoeling is, of het wenschelijk is het feitelijk en rechtens bestaande verband tusschen het tegenwoordig belastingkadaster en den grondeigendom op te heffen, dit kadaster eenvoudig over te brengen naar de kantoren van de ontvangers der belastingen, waar het thuis hoort, en dan in te voeren eene nieuwe instelling, op zulke grondslagen rustende en op zoodanige wijze ingericht, dat zij de grenzen, de individualiteit der afzonderlijke onroerende goederen tusschen alle belanghebbenden op verbindende wijze kan vaststellen, zonder zich daarom nog in te laten met de vraag, aan wien ieder goed toekomt, een vraag wier beantwoording naast haar en onafhankelijk van haar op de wijze van het negatieve, of van het grondboek- of van het Torrens- of desnoods van een mobilisatiestelsel, al naarmate men aan het een of het ander de voorkeur geeft, te vinden zou zijn.

Op den naam, dien de nieuwe instelling dragen zou, komt het natuurlijk betrekkelijk weinig aan. Men heeft haar tot nog toe kadaster, ook eigendomskadaster, genoemd, omdat zij gelijk het eigenlijke kadaster eene omschrijving geven zou van de perceelen; en tegen dien naam bestaat geen bezwaar, indien slechts in 't oog gehouden wordt, dat men met een nieuwe instelling te maken heeft, nieuw om hare grondslagen en nieuw om hare bestemming.

Het eigendomskadaster zou moeten zijn eene afbeelding

van de wijze, waarop de bodem van Nederland in afzonderlijke onroerende zaken is gesplitst. Die afbeelding zou moeten steunen op allerlei metingen en berekeningen, wier resultaten zij eenvoudig grafisch zou weergeven en die derhalve, ter contrôle, naast de kaart bewaard zouden moeten blijven. Zij zou heel wat eenvoudiger zijn dan die van het belastingkadaster, omdat zij alleen bezitsgrenzen zou aanwijzen, zonder zich met de bebouwingsgrenzen en feitelijke afscheidingen, die niet tevens bezitsgrenzen zijn, in te laten. Alleen om de begrenzing van de door het verkeer onder de menschen nu eenmaal geïndividualiseerde onroerende zaken zou het te doen zijn.

Die afbeelding zou hebben, tusschen alle belanghebbenden, wie zij ook zijn mogen, bewijskracht, of verbindende of rechtskracht: op 't woord komt het niet aan. M. a. w. zij zou zijn het model, waarnaar de feitelijke toestanden op het terrein zich, op de vordering van den belanghebbende, zouden hebben te richten, zoolang niet op het een of ander punt de overeenkomst van partijen of een rechterlijk vonnis tot wijziging van het model geleid had. In alle grensgeschillen zou het zijn de beslissende autoriteit. Na uitzetting op het terrein van de grenzen door het kadaster aangegeven, zou met behulp van eene eenvoudige procedure de usurpateur binnen zijn eigen gebied worden teruggedrongen. Wie een onroerend goed verkreeg, krachtens bijzonderen titel (sommigen zullen misschien zeggen: krachtens *bezwarenden* titel), zou op de grenzen, door het kadaster aangegeven, aanspraak hebben, niet alleen tegenover zijn auteur maar tegenover elk en een iegelijk, ook tegenover den buurman, die komt beweren dat de kadastrale grens onjuist is en die tegenover dien auteur misschien ook werkelijk een actie tot wijziging van de kaart had kunnen winnen.

Wat het grondboek, in het Pruisische stelsel, doet ten opzichte van het recht op, dat zou dit kadaster doen ten opzichte van de grens van 't goed, zonder dat daarom de invoe-

ring van het laatste noodzakelijk de invoering van het eerste, of omgekeerd, ten gevolge zou behoeven te hebben. Integendeel, onder alle stelsels van eigendomsverkrijging is zekerheid ten aanzien van 't geen verkregen wordt van gelijk groot gewicht.

Dat zulk een kadaster nut zou hebben, behoeft wel geen verder betoog. Maar is het uitvoerbaar? Het antwoord op deze vraag hangt af deels van technische, deels van juridische overwegingen. Wat de eerste betreft, de Heeren landmeters, die zich ten onzent over de quaestie hebben uitgelaten, verzekeren ons dat zij de grenzen van de perceelen met groote nauwkeurigheid op zulk een wijze kunnen te boek stellen, dat ze teruggevonden kunnen worden, welke feitelijke veranderingen het terrein ondergaan moge. Zij zijn voorts van oordeel dat de kosten, nu er toch tot een herziening van het belastingkadaster moet worden overgegaan, geen bezwaar zouden opleveren. Aan dit oordeel onderwerp ik mij, zoolang de onjuistheid er van mij niet is aangetoond. Wat de juridische overwegingen betreft, het staat m. i. vast, dat aan geene bepaling van grenzen, al steunt zij op de nauwkeurigste metingen en becijferingen, verbindende kracht kan worden toegekend, indien niet het opgemetene door de belanghebbenden zelven of, in geval van geschil na een formeel proces, door den rechter als de ware grens is aangewezen. Het nieuwe kadaster zou dus niet anders kunnen worden tot stand gebracht dan met de medewerking der eigenaars en andere belanghebbenden, een medewerking, die echter, in geval van geschil of bij eenvoudigen onwil, door een rechterlijk vonnis zou kunnen worden vervangen. Het zou misschien noodig zijn een nieuwe procedure te regelen, met openbare dagvaarding, waarin ieder belanghebbende voor zijn recht kon opkomen, maar die dan ook gelden zou tegen elk en een iegelijk. In dit alles zou m. i. geen bezwaar gelegen zijn.

Ook ten aanzien van grensveranderingen in het eenmaal tot stand gebrachte nieuwe kadaster zouden wettelijke voor-

schriften moeten worden vastgesteld. Overeenkomsten tusschen eigenaars van naburige erven tot verandering der grens zouden toegelaten moeten zijn. Het zou iederen eigenaar moeten vrijstaan van zijn onverdeeld perceel twee of meer nieuwe perceelen te maken, ook al bleef hij zelf eigenaar van alle. De eigenaar van twee of meer aanéénliggende perceelen zou bevoegd moeten zijn door het doen wegvallen der grenzen die alle tot ééne zaak te vereenigen. En de ambtenaar van het kadaster zou dus verplicht moeten zijn de door dergelijke overeenkomsten of eenzijdige verklaringen noodig geworden wijzigingen in het kadaster te brengen. Voorts zouden acties tot wijziging van het kadaster moeten worden toegekend aan hen, die op de eene of andere wijze recht op zulk eene wijziging verkregen hadden doch zich haar nu geweigerd zagen: denk b. v. aan den kooper van een gedeelte van een perceel of aan hem aan wien op een gedeelte eene hypotheek is toegezegd. Indien de, door den Heer Boer zoo genoemde, grensverjaring niet werd afgeschaft, zou zulk een actie moeten toekomen aan den buurman, die een strook van 't naburig erf gedurende den verjaringstijd bezeten had. Eindelijk zouden er voor zekere gevallen acties moeten zijn tot vernietiging van eene ten gevolge van eene, b.v. wegens onbevoegdheid van de handelende personen, wegens dwang, bedrog of dwaling, nietige overeenkomst of verklaring op het kadaster ten onrechte aangebrachte grensverandering. Aan de twee hoofdbeginselen echter zou bij dit alles vastgehouden moeten worden, n.l.: 1°. het kadaster beheerscht het terrein: hij te wiens nadeele het terrein van het kadaster afwijkt heeft een rechtsvordering om den buurman binnen zijn gebied terug te dringen; 2°. derde verkrijgers door middel van overeenkomst of van een andere rechtshandeling hebben een onwraakbaar recht op de grens zooals het kadaster die aangeeft, ook al is zij feitelijk onjuist en al zou tegen den auteur des verkrijgers een actie tot wijziging van de kadastrale grens opgegaan zijn; waarbij ik het in 't midden laat of zulk een

recht beperkt zou moeten zijn tot verkrijgers te goéder trouw en onder bezwarenden titel.

En hiermee laat ik het nieuwe kadaster en tevens het eerste vraagpunt los, om over te gaan tot hetgeen waarschijnlijk wel blijken zal te zijn de hoofdquaestie in de debatten: welk van de bekende stelsels verdient de voorkeur ten aanzien van de vraag, hoe de subjecten van den grondeigendom zullen worden aangewezen, hoe zakelijk recht op onroerende zaken verkregen wordt. De stelsels, die hier tegenover elkander staan, zijn het negatieve, het Pruisische grondboekstelsel, het Torrensstelsel en dat van mobilisatie. Ten einde te groote uitvoerigheid te vermijden zal ik de mobilisatiestelsels onbesproken laten. Zij komen mij voor meer te zijn spelingen des vernufts dan iets anders. Ik kan mij moeilijk voorstellen, dat men er ernstig aan denken zou den eigendom van den grond vast te knoopen aan het bezit van een stuk papier. Over de mobilisatie dus verder geen woord. Maar ik wil mijn taak nog meer vereenvoudigen. Het Pruisische grondboek- en het Torrensstelsel zijn beide wat men noemt positief. In beginsel komen zij overéén, zij verschillen slechts, het is meen ik de Heer Boer die het opmerkt, wat betreft de techniek, en nu is op de eigenaardige techniek van het Torrensstelsel door den Heer Boer en zijn collega van Woerden het eerst, voorts door mijn ambtgenoot Naber en anderen, in den laatsten tijd zooveel licht geworpen, dat ik niet zou weten wat er nog over te zeggen zou zijn. Ik zal daarom zoo vrij zijn ook de eigenaardigheden van het Torrensstelsel te laten rusten. Voor mij is de groote vraag: wat moet het zijn, een stelsel als het onze, mits gelouterd en aangevuld, of een grondboekstelsel? Beantwoordt men deze vraag in laatstbedoelden zin, dan laat het mij voorloopig koud, of het zijn zal een Pruisisch grondboek of een Australisch register.

Het negatieve stelsel. — Wie de uitvinder is van dezen naam en van zijn pendant *het positieve stelsel* is mij onbekend, maar dat die uitvinder heeft bijgedragen tot het juiste in-

zicht in de stelsels betwijfel ik. Want, daargelaten dat de namen het karakteristieke der zaken in 't minst niet aanduiden en deze in eene tegenstelling brengen, waarin zij niet tot elkander staan, zelfs indien men de zaken in het grove beschouwt zijn de namen onjuist. Het is niet waar, dat onder het negatieve stelsel niemand eigenaar is, die *niet*, en dat onder het positieve stelsel ieder eigenaar is, die *wel* in de registers of 't grondboek te vinden is. Laten we daarom, de namen latende voor wat zij zijn, trachten op onze manier het eigenaardige wezen, van het negatieve stelsel in de eerste plaats, bloot te leggen. Op den voorgrond sta dan, dat die eigenaardigheid niet bestaat in één of meer bijzondere, in landen die het nog niet eens tot een negatief stelsel gebracht hebben, onbekende, wijzen van verkrijging van zakelijk recht op onroerend goed. Bij ons bestaan dezelfde, door den aard der maatschappelijke verhoudingen aangewezen, wijzen van verkrijging als in Frankrijk vóór de invoering daar te lande van de transscriptions, als in Engeland, als te Rome: de verschilpunten, die er zijn, ten minste hebben daarmee, dat wij het negatief stelsel hebben en zij niet, niets te maken. Zakelijk recht wordt verkregen door overdracht of vestiging, door erfopvolging, aanwas en dergelijke, verjaring; 't huwelijk en zijne ontbinding hebben er invloed op: dit alles is overal in beginsel gelijk. Het werkt daar waar de registers van het negatieve stelsel bestaan, buiten de registers om, op dezelfde wijze als waar zij niet bestaan. In eene of meer bijzondere wijzen van eigendomsverkrijging ligt het eigenaardige van het negatieve stelsel *niet*. Maar waarin ligt het dan wel? Om dit in te zien stelle men zich voor dat achtereenvolgens meerdere beschikkingen (overdrachten, vestigingen van zakelijk recht en andere) over eene zelfde onroerende zaak plaats hebben. Die beschikkingen zullen niet te gelijker tijd werking kunnen hebben, althans niet zonder dat de eene de andere benadeelt. Vandaar de vraag: welke gaat voor? Hier moet onderscheiden worden, naarmate zij

van denzelfden persoon of van verschillende personen afkomstig zijn. In het laatste geval hangt de verhouding en de voorrang tusschen de bedoelde beschikkingen af van de verhouding en den voorrang tusschen de rechten krachtens welke zij plaats hadden, en is de voorrang onafhankelijk van de chronologische volgorde. Wanneer van eenzelfde zaak A is de ware eigenaar, B bezitter te goeder trouw en krachtens wettigen titel afkomstig van iemand, die geen eigenaar was, en C onrechtmatig bezitter, en alle drie verkoopen zij de zaak aan verschillende personen, dan zal, onafhankelijk van het tijdstip der overdrachten, het recht van A's kooper het beste zijn en dan dat van B's kooper, alleen omdat A beter recht had dan B en B beter dan C. Indien B's kooper het wil, evinceert hij de zaak aan dien van C: zelf loopt hij gevaar door A's kooper geëvinceerd te worden. Dit geval gaat ons verder niet aan. Hoe echter in het andere? A, ik neem aan hij is eigenaar, verkoopt één zelfde zaak aan B en aan C, hij geeft er hypotheek op aan D en een servituut aan E. De eerste beschikkingen kunnen niet beide effect hebben; de beide laatste kunnen met elkaar en met de eerste samengaan, maar niet zonder dat de servituut de hypotheek *misschien*, servituut en hypotheek beide de werking der overdracht *zeker* benadeelen. Zoo rijst dus de vraag, welken rang zij in verhouding tot elkander innemen. We weten, dat het tijdstip beslist. De latere beschikkingen oefenen slechts dan en die werking, als en die zonder nadeel voor de vroegere mogelijk is. Het *potior est jure qui prior est tempore* geldt niet alleen omtrent de verhouding tusschen verschillende hypotheken maar gansch algemeen: dit staat vast en we mogen daarom de vraag, waarop het steunt, op de Rechtslogik, zooals in de Motive tot het Duitsche ontwerp beweerd wordt, of op iets anders, laten rusten. Het tijdstip beslist over den rang: dit geldt zonder twijfel altijd en overal en onder alle stelsels. In het zoogenaamde negatieve stelsel echter geldt het niet zonder wijziging. Beslissend is daar niet het tijdstip

van de beschikking, maar dat waarop zij op schrift werd ingeleverd bij zekere openbare autoriteit om te worden geboekt in een daartoe aangewezen register, of het tijdstip van die boeking zelve. En ziedaar dan wat m. i. het eigenaardige, en wel het eenige eigenaardige, van het negatieve stelsel, dus ook van dat van ons recht, uitmaakt: het laat den rang van de beschikkingen van een zelfden persoon over eene zelfde zaak afhangen, niet van het tijdstip waarop zij plaats hebben, maar van het tijdstip waarop zij worden geboekt. En daarom is bij ons het eenige voor het stelsel wezenlijke register *het dagregister*; alle andere, de registers van overschrijving en inschrijving, niet minder dan de overige zijn bijkomende. Het dagregister bepaalt den rang; de registers van overschrijving en inschrijving dienen slechts om aan het publiek te doen zien, wat het is, waaraan die rang verzekerd is.

Ik weet dat deze mijne voorstelling min of meer, sommigen zullen wellicht zeggen: zeer belangrijk, afwijkt van de gewone. Mijne stelling is, dat de eigendom wordt overgedragen, het zakelijke recht gevestigd door den titel, bij de akte, en dat hetgeen verder plaats heeft is eene bijkomstige formaliteit, bestemd om aan de overdracht of vestiging tegenover andere rechtshandelingen van den zelfden auteur haren rang te verzekeren. Gewoonlijk daarentegen leert men, dat de titel slechts geeft persoonlijk recht, dat het zakelijk recht eerst overgaat door de levering en dat die levering bestaat in of plaats heeft door de overschrijving, en bij dit alles steunt men zich natuurlijk op art. 671 B.W. Nu neemt men echter meestal aan, en hoe zou het met 't oog op art. 671 al. 1 ook anders kunnen, dat het voor de kracht der overschrijving onverschillig is of zij verricht is ten verzoeke van den vervreemder of van den verkrijger, en zoo komt men dus tot eene levering, dat wil zeggen tot eene overdracht, die niet behoeft te zijn de daad van den overdrager, wat ongerijmd is. De verkooper van een onroerend goed, die het goed ten behoeve van den kooper

ontruimd heeft of den dag bepaald heeft, waarop hij het ontruimen moet, heeft geen zakelijk recht overgedragen: hij is slechts verbonden tot eene praestatie. En als hij nu verder stil zit en de kooper met de akte gaat naar den hypotheekbewaarder, wiens klerk haar boekt, dan praesteert de verkooper! Duidelijk zal niemand dit vinden en men denkt er dan ook trouwens niet aan om deze leer consequent toe te passen. Door velen wordt aangenomen, ook door vele rechtbanken, dat de kooper van onroerend goed eene actie heeft die hem, zonder medewerking van den verkooper, door overschrijving van het vonnis den eigendom verschaffen zal. Waarvan is die actie eene uiting anders dan van het zakelijk verband tusschen kooper en gekochte zaak gelegd door het koopcontract. De Hooge Raad heeft beslist, dat de akte van overdracht, opgemaakt vóór den aanvang van een faillissement, nog zal kunnen worden overgeschreven, met het gewone gevolg, nà dat tijdstip, dus nadat de vervreemder de beschikking over het goed verloren had. Niemand voorzeker betwijfelt, dat de akte van overdracht nog zal kunnen worden overgeschreven, nadat de vervreemder intusschen onder curateele gesteld was; of, indien een voogd met rechterlijke machtiging verkocht had, nadat de voogdij geëindigd was.

Wat anders is de beteekenis van dit alles, dan dat men met woorden vasthoudt aan het systeem dat men metterdaad laat vallen. Niet de verkrijging van zakelijk recht hangt af van de overschrijving, maar de rang van de eene beschikking over 't goed tegenover de andere. Men kan het eerste volhouden alleen door de verkrijging van zakelijk recht en de verkrijging van rang te identifieeren en ik vermoed dat deze verwarring, want iets anders is het niet, aan het door mij bestreden systeem ten grondslag ligt.

Dat de overdracht ligt in de overeenkomst, volgt behalve uit het aangevoerde zonneklaar uit de historische ontwikkeling van ons stelsel. Het is bekend dat het afkomstig is uit het Oud-vaderlandsch recht, dat, op zeer vele plaatsen

althans, overdracht vorderde voor den gerechte, welke overdracht dan in een register werd opgeteekend. Welnu, men moge onder het oude recht over de beteekenis van de registratie voor den eigendomsovergang getwist hebben, niemand heeft ooit in ernst kunnen ontkennen, dat de eigenlijke overdracht, de kern der gebeurtenis, gelegen was in de handeling van partijen, het geven en aannemen van eigendom, niet in de handeling des rechters, de registratie, het boeken van de handeling van partijen. Nu staat het vast, dat *de akte*, waarvan art. 671 spreekt, de plaats van de gerechtelijke overdracht vervult. Art. 591 Wetb. Napoleon voor Holland bepaalde: „De eigendom van onroerend goed gaat over door het doen van opdracht van hetzelve voor de autoriteit, welke daarmede nader door den Koning zal belast worden, ter plaatse waar het goed gelegen is." Hier dus nog overdracht door middel van verklaringen van partijen ten overstaan van een publieke autoriteit af te leggen. Welke publieke autoriteit door den Koning met deze taak belast is, is mij niet gebleken. Ik vermoed, dat men haar daar gelaten heeft, waar zij eeuwen lang berust had, bij de schepenen- en andere plaatselijke gerichten. We mogen aannemen, dat het W. N. v. H. het geldende stelsel eenvoudig overnam. Merkwaardig is, dat het van de registratie of boeking der overdrachten in het geheel niet spreekt: vermoedelijk echter heeft dit stilzwijgen niet den zin van eene afschaffing, maar is het op te vatten als een bewijs, dat de registratie beschouwd werd als eene meer huishoudelijke aangelegenheid der bedoelde plaatselijke autoriteit, te regelen in de instructie die zij ontvangen zou. In art. 1029 Ontw. 1820 treffen we het onderwerp opnieuw aan, maar nu belangrijk gewijzigd: „onroerende goederen daarentegen worden niet anders overgedragen dan bij authentiek transport". De gerechtelijke opdracht is vervangen door private verklaringen, die echter een min of meer deftig en publiek karakter behouden, doordien zij door een notaris, toch ook een openbaar ambtenaar, worden op schrift gebracht. Tevens

bepaalde art. 1029 in het tweede lid: „Ten einde eigendomsovergang van vast goed van kracht zij tegen derden moet dezelve ingeschreven zijn op de daartoe bestemde openbare registers.“ Eindelijk komt art. 710 Wb. v. 1830 met de bepaling: „De levering of opdracht van onroerende zaken geschiedt door de overschrijving van den titel in de daartoe bestemde openbare registers“, welk voorschrift overging in Wb. 1838 art. 671, met vervanging alleen van 't woord *titel* door dat van *akte*.

In tweeërlei opzicht verdient het opmerking: in de eerste plaats zijn de verklaringen van partijen nog vereenvoudigd. Een akte, dus ook een onderhandsche akte, zal nu voldoende zijn. In de tweede plaats wordt de levering of opdracht niet meer gezegd overschrijving te behoeven om tegen derden te werken, maar *te geschieden door overschrijving*. Wij hebben van jongs af deze woorden zoo dikwijls gelezen, dat ons gevoel voor het ongerijmde daarvan is verloren gegaan. Opdracht (Auflassung) is eeuwen lang geweest de verklaring van hem, die zijn goed overdraagt: hoe kan nu zulk eene verklaring plaats hebben door overschrijving van den titel? Gelukkig blijkt ons uit Voorduin III bl. 463, dat men het zoo kwaad niet bedoeld heeft. Men heeft eenvoudig willen weergeven, wat in art. 1029 lid 2 (zie boven) beter gezegd was. Den 7den Februari 1823 was in comité-generaal de vraag behandeld: „zal bij de overdragt van een onroerend goed, de overschrijving noodig zijn met betrekking tot derden?" En de in het ontwerp van 24 Oct. 1823 opgenomen woorden, thans art. 671 al. 1, hebben geen andere strekking, dan uitvoering te geven aan bedoeld besluit. Het thans vigeerend stelsel is dus nog steeds dat van 't Ontw. van 1820, d. i. dat van het oud-vaderlandsche recht. Het verschilt daarvan slechts in deze twee opzichten: 1°. dat de overdracht thans niet meer geschiedt door middel van verklaringen afgelegd voor den rechter, maar van verklaringen afgelegd voor een notaris of onder de hand schriftelijk afgegeven, 2°. dat duidelijker dan vroeger

gezegd is, wat er aan de overdracht ontbreekt zoolang de akte niet is overgeschreven: niet werking, niet zakelijke werking, maar werking tegen derden.

De praktische toepassing, die aan onze bepalingen gegeven wordt, en de geschiedenis dier bepalingen leiden mij derhalve tot één zelfde resultaat, nl.: de wetgever heeft zich versproken toen hij in art. 671 al. 1 bepaalde, dat de levering of opdracht geschiedt door overschrijving. Hij heeft bedoeld, dat de opdracht of levering, zoolang zij niet is overgeschreven, niet werkt tegen derden. Met dit resultaat echter heb ik mijn doel nog niet bereikt. Het *schijnt* althans iets anders te zijn, dan wat ik boven (bl. 436) beweerde, dat de eigenaardigheid van het negatieve stelsel, ook van het onze, uitsluitend ligt daarin, dat de rang van verschillende beschikkingen, afkomstig van één zelfden persoon en betrekking hebbende op ééne zelfde zaak, bepaald wordt door het tijdstip der overschrijving (juister der aanteekening in het dagregister). Ik wil daarom nu nog aantoonen, dat wat men gewoonlijk noemt werking tegen derden niets anders is dan de rangbepaling waarvan ik spreek.

Groot bezwaar levert dit betoog gelukkig niet op. De bewering toch, dat de rang der beschikkingen over een onroerend goed wordt bepaald door het oogenblik harer overschrijving, kan ook worden uitgedrukt op deze wijze: eene beschikking over onroerend goed werkt niet tegen of ten nadeele van eene andere beschikking over hetzelfde goed (en afkomstig van den zelfden persoon), zoolang zij niet is overgeschreven. Welnu, die *derden*, genoemd in art. 1029 Ontw. 1820 en bedoeld in art. 671 B.W., zijn de houders dier andere beschikkingen, de personen te wier behoeve die andere beschikkingen geschied zijn. Niet derden in het algemeen had men op het oog, b.v. ook derde houders van 't goed, zonder recht, tegen wie dus de verkrijger die zijne akte niet had laten overschrijven, geene reivindicatie zou kunnen instellen, maar alleen die derden die op het goed een bepaald recht verkregen hadden, en voor de boeking daar-

van reeds eerder hadden zorg gedragen. Dat wil zeggen: art. 1029 Ontw. 1820 en 671 B.W. zeggen niets anders, dan wat in art. 3 van de Fransche wet van 1855, sur la transcription en matière hypothécaire, duidelijker en beter gezegd wordt: „jusqu'à la transcription les droits résultant des actes et jugements énoncés aux articles précédents ne peuvent être opposés aux tiers, qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se confirmant aux lois", en dit is weer wat in de Pruisische wet aldus is uitgedrukt: „Die Rangordnung der auf demselben Grundstück eingetragenen Rechte (bestimmt sich) nach der Reihenfolge der Eintragungen", en zoo komen we dus bij de rangbepaling terug.

Na al het gezegde meen ik thans te mogen aannemen dat de eigenaardigheid van het negatieve stelsel, bepaaldelijk ook van het onze, daarin gelegen is, dat het den rang der van één zelfden persoon afkomstige beschikkingen over ééne zelfde onroerende zaak laat afhangen van het tijdstip van hare overschrijving in de openbare registers. Ik hoop beneden gelegenheid te hebben om te onderzoeken, of het stelsel van ons recht zich misschien kenmerkt door nog andere eigenschappen en zoo ja, wat we daarvan te denken hebben. Thans nog slechts een paar woorden ter aanvulling van het gezegde.

Ik spreek telkens van de rangbepaling tusschen verschillende *beschikkingen* over een onroerend goed uitgaande van een *bijzonder persoon* en vermeed, eenvoudigheidshalve, ook gewag te maken van rechterlijke vonnissen of beschikkingen. Dat ook van deze, voorzooverre zij bestemd zijn op den rechtstoestand van een onroerend goed van invloed te zijn, de rang van het tijdstip der overschrijving afhankelijk zijn moet, is niet twijfelachtig. Doch het moeten dan ook zijn vonnissen of beschikkingen, algemeener nog rechterlijke handelingen, die bestemd zijn verandering te brengen in den rechtstoestand van een onroerend goed, door het van den een op den ander over te brengen, of

ten nadeele van den een en ten behoeve van den ander met een zakelijken last te bezwaren, bv. met een zakelijk recht, met onvervreemdbaarheid, met een beslag. Vonnissen, die niet bestemd zijn verandering te brengen in den rechtstoestand maar hem te constateeren, of die onmiddellijk den persoon treffen en slechts middellijk de zaak, hebben met rangbepaling niets te maken en moeten dus blijven buiten de openbare eigendomsregisters, wat natuurlijk hunne publicatie op eenige andere wijze niet belet. Het zal niet altijd gemakkelijk zijn uit te maken of zekere soort van rechterlijke handeling behoort tot de eene of tot de andere klasse: een positieve wettelijke regeling is daarom wenschelijk. Zij behoort b.v. uit te maken wat de beteekenis zal zijn van vonnissen tot ontbinding of tot nietigverklaring van rechtshandelingen betreffende een onroerend goed. Is het de bedoeling, dat zij, gelijk men 't noemt, zullen hebben tegen elk en een iegelijk geldende terugwerkende kracht, dan behooren zij tot de vonnissen, die declarant id quod est en hebben zij van de registers geen rang te ontvangen. Is het de bedoeling daarentegen dat zij de zaak van den oorspronkelijken verkrijger, indien hij er nog niet over beschikt heeft, zullen terugbrengen tot hem van wien hij haar kreeg, dan hooren zij in de registers thuis.

Ik kom tot het *positieve stelsel.* Evenmin als het negatieve is dit te beschouwen als een eigenaardig stelsel van eigendomsverkrijging. De gewone door den aard der zaak aangegeven wijzen van eigendomsverkrijging zijn met het positieve stelsel vereenigbaar, en wanneer b.v. het Entw. eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich van de verjaring ten aanzien van onroerend goed niet weten wil, dan is dit eene misschien zeer goed verdedigbare maar in allen gevalle willekeurige bepaling. Eigendom wordt verkregen en verloren buiten het grondboek: eigenaar kan zijn die niet, niet-eigenaar die wèl in het grondboek staat. Wanneer het wel eens anders bepaald is en eigendom en grondboek onafscheidelijk verklaard werden, zoodat de pen

van den grondboek-ambtenaar eigenlijk het eenige middel van eigendomsverkrijging was, dan is dit te beschouwen als eene vergissing, waaraan gelukkig noch de Pruisische wet van 1872 noch hare vermeerderde en verbeterde editie in bovengenoemd ontwerp zich schuldig maken.

Het positieve stelsel heeft tweeërlei eigenschap: de eerste heeft het gemeen met het negatieve stelsel. Beschikkingen over onroerende zaken (overdracht, vestiging, afstand van recht) zijn ook hier tot zekere hoogte in hare werking gebonden aan inschrijving. En merkwaardig is het dat men, wat dit punt betreft, in het Duitsche ontwerp, waarop onderstaande beschouwingen betrekking hebben, dezelfde overdrijving ontmoet, waaraan het B. W. zich schuldig maakt. In § 828 heet het dat voor de overdracht van eigendom (voor de vestiging of overdracht van andere zakelijke rechten) noodig zijn: *a.* eene overeenkomst, waarbij de op dit oogenblik als eigenaar ingeschrevene verklaart eene inschrijving van de andere partij als eigenaar te bewilligen en deze, dat hij die bewilliging aanneemt, en *b.* inschrijving van den verkrijger als eigenaar. Door deze bepaling wordt men in sterke mate herinnerd aan art. 671 B. W. Men is ook hier geneigd te meenen, dat de overeenkomst op haar zelve ten aanzien van 't zakelijk recht niets is. Ook hier echter blijkt het zoo ernstig niet bedoeld te zijn. Reeds vóór de inboeking is de overdracht gewaarborgd: 1°. in het geval van § 828 4de lid tegen te niet gaan door den dood of de curateele van een van de partijen, en 2°. in het geval van § 828 3de lid, dat bij eigendomsoverdracht (§ 868) en bij de vestiging van Erbbaurecht (§ 962) noodzakelijk aanwezig is, voorts in het geval van § 831, tegen herroeping door een van de partijen en tegen beperking van den vervreemder in zijne bevoegdheid om over de zaak te beschikken [1]). M. a. w. ook naar het Duitsche grondboekrecht is de inschrijving onmisbaar, niet om de overeen-

[1]) Zie Motive op § 831, speciaal III p. 192.

komst te maken tot eene overdracht; dat is zij reeds vroeger; maar tot het geven van een bepaalden rang aan de beschikking, d. i. om den verkrijger te beschermen tegen 't gevaar van andere beschikkingen over dezelfde zaak: § 840 [1]).

Tot zoover alzoo overeenstemming tusschen het negatieve en het positieve stelsel, eene overeenstemming, die niet verwondert, wanneer we bedenken dat beide stelsels uit de overdracht voor den gerechte van het oude Duitsche recht zijn voortgekomen.

De tweede eigenschap van het positieve stelsel, de eigenlijke kern er van, bestaat daarin dat het eene van de overheid uitgaande bekendmaking is, ter beantwoording van de vragen *a.* wie eigenaar is van elk onroerend goed, *b.* welke rechten daarop rusten, *c.* aan wie die rechten toekomen. De overheid heeft zich te eeniger tijd ten aanzien van deze punten zorgvuldig op de hoogte gesteld, met gebruikmaking natuurlijk van de inlichtingen die belanghebbenden werden opgeroepen haar te verschaffen, en zoo haar grondboek in orde gemaakt. Zij heeft toen bekend gemaakt dat zij voor de juistheid harer mededeelingen instond, in dien zin, dat wie, op het grondboek afgaande, zich in rechtshandelingen inliet met den daar als eigenaar van 't goed of van eenig recht op 't goed bekend staanden persoon, of het niet bestaan van zeker recht op dat goed aangenomen en daarnaar gehandeld had, geene schade lijden zou, ook al bleek de mededeeling van het boek ten slotte onjuist, maar in den toestand verkeeren, waarin hij geweest zou zijn, indien het boek met den waren rechtstoestand in overeenstemming geweest ware. En hierbij is het niet gebleven. De overheid heeft begrepen, dat zij met haar boek den rechtstoestand van den grond niet ten eeuwigen dage fixeeren kon en daarom voorschriften gegeven omtrent de wijze waarop het veranderd zal kunnen worden. Zij heeft daarbij verschillende gevallen voorzien. In de eerste plaats heeft zij den als gerechtigde ingeschrevene de

[1]) Zie ook Motive op § 831, III p. 191.

bevoegdheid toegekend over zijne inschrijving te beschikken, d. i. een ander als eigenaar of gerechtigde te doen inschrijven: hiervoor is dan noodig de toestemming van den verkrijger en dus eene overeenkomst, die tevens de eenig erkende vorm is van beschikking over het goed of het recht zelf, als hoedanig we haar boven reeds beschouwden. Door een eenzijdige verklaring kan de ingeschrevene verder zijne inschrijving doen doorhalen, welke verklaring weer de eenig erkende vorm is van afstand van den eigendom van of eenig recht op het goed.

In de tweede plaats heeft zij, de mogelijkheid voorziende dat de bekendmakingen in het boek op het een of ander punt met den waren rechtstoestand strijden en dus onwaar zijn zouden, den waren eigenaar of waarlijk gerechtigde eene actie gegeven tegen den ten onrechte ingeschrevene, om zoo noodig tegen diens wil een rectificatie van 't boek door te drijven. Zulk een fout zal vooral daardoor kunnen ontstaan, dat de overeenkomst tot overdracht van de inschrijving op een ander of tot inschrijving van een zakelijk recht ten behoeve van een ander, nadat zij is uitgevoerd, blijkt nietig te zijn of vernietigd wordt. Zij zal ook het gevolg kunnen zijn daarvan dat iemand het goed bezeten en door verjaring verkregen heeft; natuurlijk tenzij alle verjaring eenvoudig is uitgesloten.

In de derde plaats heeft zij zich het geval gedacht, dat de ingeschrevene sterft. Indien zulk een ingeschrevene niet alleen ingeschreven was, maar ook het goed of het recht waarvoor hij geboekt stond werkelijk had, zoodat dit nu door opvolging op zijn erfgenaam overgaat, dan behoort de inschrijving te diens name te worden overgeboekt. Met een overledene evenwel kan men noch overeenkomen noch procedeeren; de beide vorige middelen tot verandering van 't boek zijn dus niet bruikbaar. Het Duitsche ontwerp helpt hier door middel van den Erbschein, krachtens welken men overschrijving verlangen kan (§ 2076, waarbij Motive V p. 568).

Hoe echter zoo niemand met een Erbschein komt op-

dagen? Indien de ware erfgenaam, die, als hij 't verlangt, elk oogenblik als het ware een Erbschein krijgen kan, in 't bezit is, geeft dit geval geen bezwaar. Hij zal er te eeniger tijd wel toe overgaan den Schein te vragen en in te leveren. Maar het kan zijn dat er geen erfgenaam is of ten minste in den boedel geen erfgenaam optreedt, terwijl het daarin aanwezige onroerend goed in het bezit geraakt van iemand die op de nalatenschap geen aanspraak heeft. Dit kan zoo jaren duren: eindelijk komt het dan door verloop van tijd zoo ver, dat men, bij de ontstentenis van erfgenamen, voor het goed recht van den bezitter de oogen niet langer kan sluiten, ook al is men overigens van verjaring geen voorstander. Intusschen, op zijn naam kan hij het goed niet krijgen want een Erbschein wordt hem niet uitgereikt. Ter tegemoetkoming aan dit bezwaar heeft het Duitsche Ontwerp een Aufgebotsverfahren ingesteld (§ 873) dat, indien de erfgenaam zich niet aanmeldt, tot zijne uitsluiting en tot inschrijving van den bezitter leiden zal.

Zoo is dus, ik herhaal 't, het positieve of grondboekstelsel in de tweede plaats een geheel van officiëele mededeelingen omtrent de rechten op den grond en de personen aan wie zij toebehooren, mededeelingen die op bepaalde wijzen kunnen worden veranderd, ten einde met den werkelijken rechtstoestand zooveel mogelijk in overeenstemming te blijven; die echter, ook al zijn ze per abuis onjuist, den man die er op is afgegaan in den toestand stellen, waarin hij geweest zou zijn indien er op de juistheid niets aan te merken geweest ware. De belangrijkste en meest voorkomende van de bedoelde veranderingen is natuurlijk die welke plaats heeft op 't verlangen van hem, die tot nog toe staat ingeschreven. Hij verklaart te willen, dat een ander als eigenaar geboekt worde, en die andere persoon verklaart deze bewilliging aan te nemen. Waar het geldt overdracht van eigendom (§ 868) of vestiging van een recht van Erbbau (§ 962) moet deze overeenkomst gesloten worden ten overstaan van den ambtenaar van het grondboek: in andere

gevallen kan zij ook elders tot stand gebracht worden. Nu is, boven merkte ik het ter loops reeds op, deze overeenkomst, die direct alleen de boeking betreft, tevens echter de eenig erkende vorm van beschikking over het goed of over het recht zelf; en de bedoeling is zeker, al wordt dit niet met zooveel woorden gezegd, dat de overeenkomst over de boeking niet kan plaats hebben zonder tevens te zijn eene beschikking over het goed of het recht. Beide strekkingen der overeenkomst kunnen niet worden gescheiden.

In dit alles ligt eene belangrijke belemmering van het verkeer; in tweeërlei opzicht. In de eerste plaats in zoover als nu over onroerende goederen en zakelijke rechten daarop alleen beschikt kan worden door den als eigenaar of gerechtigde ingeschreven persoon. Wie een onroerend goed bezit, zonder als rechthebbende geboekt te zijn, moet, wil hij over het goed beschikken, trachten zulk eene boeking te verkrijgen, hetzij krachtens de toestemming van den ingeschrevene, hetzij krachtens rechterlijk vonnis. Zoolang het goed of het recht niet op zijn naam staat, kan hij geene geldige overeenkomst van overdracht sluiten, ook niet al vindt hij iemand die bereid is met de mindere zekerheid die 't gevolg zou zijn daarvan dat hij verkrijgt van een niet ingeschrevene, genoegen te nemen. Slechts ten behoeve van de erfgenamen van den ingeschrevene maakt het Duitsche Ontw. eene uitzondering. Zij kunnen overdragen zonder eerst zelve geboekt te zijn. De tweede oorzaak van belemmering ligt in den vorm der overdracht zelf. Overdracht van eigendom (ook vestiging van Erbbau) kan niet anders plaats hebben dan ten overstaan van den ambtenaar van het grondboek. Dit is niet alleen lastig en duur, maar kan ook, daar die ambtenaar de personen, die zich tot het doen en aannemen der overdracht aanmelden, daartoe niet toelaat zonder zich overtuigd te hebben, dat de ingeschreven eigenaar en de persoon die voor hem staat om te vervreemden één en dezelfde zijn en dat er aan de bevoegdheid van

dien persoon ook in andere opzichten niets ontbreekt, tijdelijk onmogelijk zijn. Kon men nu voorloopig zijn recht op andere, eenvoudiger wijze overdragen, het bezwaar zou zoo groot niet zijn. De verkrijger zou reeds dadelijk eigenaar worden en al de zakelijke bevoegdheid van een eigenaar erlangen: later, wanneer men er den tijd en 't geld voor had, en wanneer de door den grondboek-ambtenaar opgeworpen bezwaren waren uit den weg geruimd, zou men tot de overboeking altijd nog over kunnen gaan. Het is waar, intusschen zal de nog steeds als eigenaar ingeschrevene, ofschoon hij het niet meer is, door eene overboeking een derde tot eigenaar kunnen maken; maar als nu de verkrijger, die zijn man kent, dit gevaar niet telt, wat gaat 't dan anderen aan? Bovendien het stelsel der Vormerkungen § 844 D. Ontw. zou ook op dit geval kunnen worden toegepast.

De bedoelde belemmeringen van 't verkeer leveren naar het mij voorkomt, en het is ook door vele anderen opgemerkt, tegen het positieve stelsel een groot bezwaar op. Het kan niet anders, of zij moeten tengevolge hebben, dat zich naast het formeele, geregelde, geldige verkeer in onroerend goed vormt een ander verkeer, dat nu informeel, niet geregeld, ongeldig zijn zal. Het zal ook onder het positieve stelsel telkens gebeuren, dat onroerende goederen of gedeelten daarvan in handen zijn van personen, die niet als eigenaar of gerechtigde staan geboekt, of die, zoo dit al het geval is, niet bereid zijn zich aan de formaliteit van een overeenkomst voor den grondboek-ambtenaar gesloten te onderwerpen of door dezen daartoe niet worden toegegelaten. Zulke personen hebben nu echter eenmaal de zaak en het zal voorkomen, dat zij verlangen haar aan een ander over te dragen of een ander eenig recht daarop te verschaffen. Die ander is bereid de zaak of het recht te aanvaarden: hij weet misschien wel, dat er gevaar schuilt, maar hij vertrouwt op de eerlijkheid van den vervreemder. In allen gevalle verkrijgt hij thans de zaak of het genot daarvan: wat er later gebeuren zal, wil hij afwachten. Er wordt dus overgedragen

of een recht toegekend, maar informeel. En wat zal het gevolg zijn? Dat al wat er gebeurt nietig is. Dat er niets wordt overgedragen, niets toegekend, niet verkregen, althans niets dat afkomstig is van den quasi-vervreemder. Degene aan wien overgedragen is wordt bezitter wel is waar, indien de vereischten van bezit aanwezig zijn, maar dat bezit is niet van den ander op hem overgegaan; hij had het zich door zijn eigen daad, eigenmachtig kunnen verschaffen. Waar het op aankomt is, dat de handeling, die tusschen partijen plaats had, nietig is. De quasi-verkrijger kan er geen aanspraak noch verwering op baseeren tegen niemand: eenige betrekking tusschen den persoon en de zaak heeft zij niet gelegd, hoogstens eene persoonlijke verhouding tusschen de beide partijen. Komt de zaak in handen van derden, de verkrijger zal zich op de overdracht niet kunnen beroepen om haar van hen terug te erlangen: zelfs tegenover den meest onrechtmatigen derden houder geeft zij hem geen recht. Wanneer hij in de uitoefening van het hem quasi verleende recht wordt belemmerd door een ander, aan wien de zaak later op even informeele wijze door den zelfden auteur was overgedragen, dan kan hij zich op zijn quasi-titel niet beroepen en zeggen: mijn recht is in allen gevalle beter dan het uwe, omdat het ouder is. Ja zelfs tegenover zijn auteur zelf geeft 't gebeurde hem geen zakelijk recht, geene bevoegdheid tot heerschappij. Wanneer deze hem later met de reivindicatie aanspreekt, zal hij zich misschien op het tusschen hen gesloten contract kunnen beroepen en schadeloosstelling eischen, maar de actie afweren kan hij niet.

Slechts indien de vereischten voor bezit aanwezig zijn, indien er is het *feit* van bezit, zal hij tegenover stoorders en ontzetters niet machteloos staan. Doch juist dit feit van 't bezit is van de quasi-overdracht geheel onafhankelijk en de bescherming, die het geniet, gebrekkig.

Indien ik in het bovenstaande de bedoeling van het positieve stelsel met juistheid heb ontvouwd, indien die bedoeling

is, gelijk ik onderstel, het informeele verkeer in onroerende goederen en rechten te ignoreeren, dan ligt daarin voor mij tegen het aannemen van dat stelsel een groot bezwaar. Ik erken, dat een stelsel van officieele, gegarandeerde mededeelingen omtrent de rechten op onroerend goed, mededeelingen waarop men vertrouwen kan, daar ze ons in den toestand brengen, die eigenlijk alleen uit de juistheid van het medegedeelde zou kunnen voortvloeien, zijn nut hebben kan. Ik erken verder, dat er niets tegen is den ingeschreven eigenaar of rechthebbende de gelegenheid te geven zijn recht op zulk eene wijze, b. v. door eene verklaring afgelegd voor den grondboek-ambtenaar, over te dragen, dat het recht op de inboeking, op de gegarandeerde bekendmaking, zonder nader onderzoek overgaat. Maar de wet moet niet trachten het publiek tot dat strenge, formeele verkeer te dwingen, want dat kan zij niet. Al onthoudt zij aan overdracht en vestiging van eigendom en andere rechten op onroerend goed hare erkenning, zoodra zij niet hebben plaats gehad in den strengen vorm van het grondboekrecht en onder toezicht der overheid, zij zullen toch geschieden. Het eenige, dat de wet bereiken zal, zal zijn verwarring te brengen in de betrekkingen ten aanzien van onroerend goed. Zij erkenne en regele daarom naast het strenge formeele verkeer, dat alleen onder de bescherming van het grondboekrecht staat, een ander eenvoudiger en gemakkelijker verkeer, een verkeer dat even goed als het andere beschikt over het zakelijke recht, en waarmee slechts de officieele publicatiën niet gepaard gaan.

Er is nu echter nog iets anders. Onder het positieve stelsel is men òf de ware, onaantastbare eigenaar òf men heeft volstrekt geen recht op de zaak. Hetzelfde geldt van de overige zakelijke rechten: òf men heeft ze, onaantastbaar, volstrekt zeker, òf men heeft in het geheel geen recht. Gemakshalve echter beperk ik mij in deze beschouwing, gelijk ik het trouwens in de voorgaande bladzijden reeds telkens deed, tot den eigendom. Men is dus òf de

ware eigenaar, die volstrekt zeker is van zijn recht, òf men heeft niets dat op een eigendomsrecht gelijkt; men kan wel is waar bezitter zijn, maar bezit is in dit stelsel geen recht. Om de ware eigenaar geworden te zijn moet men, den vorm daargelaten, die mij op het oogenblik niet aangaat, verkregen hebben van den waren eigenaar, door eene overdracht die niet, wegens onbevoegdheid des vervreemders of andere redenen, leed aan nietigheid. Verkreeg men niet van den waren eigenaar of niet op die wijze, eigenaar is men niet geworden, hoogstens bezitter.

Dit resultaat munt uit door groote eenvoudigheid en is schijnbaar logisch noodzakelijk; men is eigenaar of men is het niet. Het is bovendien in overeenstemming met wat we van de Romeinen, althans van de Romanisten geleerd hebben. En toch is het, geloof ik, in strijd met den gang der zaken in de menschelijke maatschappij. De tegenstelling: eigendom of niets dan hoogstens feitelijk bezit, d.i. de uitoefening van het eigendomsrecht, bestaat slechts in 't begrip; de werkelijkheid vertoont ons eene langzame opklimming, zonder sprongen, van iets dat aan volstrekte rechteloosheid nabij komt tot den volstrekt onaantastbaren eigendom.

Iemand heeft een onroerende zaak, alleen daarover toch spreken we, in zijne macht verkregen, hetzij door haar in bezit te nemen, hetzij tengevolge van eene overdracht, die leed aan nietigheid. Hij is dus contrair bezitter: er is iemand anders, die recht heeft op het bezit, dat door den persoon, dien wij op 't oog hebben, wordt uitgeoefend. Zijn positie is dus niet gunstig: we begrijpen dat hij groot gevaar loopt tot restitutie genoodzaakt te worden. Wil dat nu zeggen, dat hij rechteloos is? Zoo schijnt het, en zoo mag het geweest zijn in de Rom. maatschappij: thans, en reeds eeuwen lang trouwens, is het daar waar geen positief stelsel bestaat zoo niet. De bezitter, dien we beschouwen, is rechteloos alleen tegenover hem, wiens bezit door zijne bezitsverkrijging verloren ging, liever tegenover wien zijn daad een onrecht was, en die daarom tegen hem met eene

actie zal kunnen optreden, en tegenover de rechtverkrijgenden van dezen. Maar tegenover ieder ander is hijzelf tot heerschappij bevoegd: ieder ander moet zijne heerschappij eerbiedigen en zal zich tegenover hem aan onrecht schuldig maken, indien hij de zaak in bezit neemt of in zijne macht houdt, nadat zij door eene nietige overdracht aan hem gekomen is. De bezitter is beter gerechtigd dan het groote publiek, gelijk hij minder gerechtigd is dan de vorige bezitter en diens rechtverkrijgenden. Stellen we nu, dat hij zelf ondervindt wat hij zijn voorganger had doen ondergaan. Zijn plaats wordt zonder recht ingenomen door een ander. Het is duidelijk, dat dan van hem en van zijn contrairen bezitter hetzelfde geldt wat we daar even opmerkten, en zoo vervolgens. We krijgen telkens een machthebber over de zaak, die tegenover zekere personen de mindere, tegenover de groote massa der menschen de beter gerechtigde is.

Noemen we nu de elkander in de feitelijke heerschappij op onrechtmatige wijze vervangende personen a, b, c, d, etc. en ieders recht A, B, C, D, etc., dan zien we dat er te gelijker tijd een aantal rechten van denzelfden aard, maar van verschillende kracht, op de zaak rusten. In de eerste plaats het recht D, dat zijn ontstaan te danken heeft aan de daad waardoor *d* de zaak op onrechtmatige wijze in zijn macht bracht of verkreeg. Dit recht D, dat thans wellicht berust niet meer bij *d* zelf doch bij een rechtverkrijgende, is in zekeren zin het beste van alle, want het gaat gepaard met de feitelijke macht over de zaak en de bevoegdheden, die daaruit voortvloeien. In een ander opzicht daarentegen is het 't slechtste: de kring toch van personen, tegen wie het niet geldt, is voor dit recht grooter dan voor een van de andere. Het recht D is eén onrecht tegenover de rechten C, B, en A: *c*, *b* en *a* en hunne rechtverkrijgenden zullen het kunnen aanvallen en *d*'s kansen om de zaak te houden staan dus betrekkelijk slecht. Tweede in kracht is natuurlijk het recht C, en zoo vervolgens. Bovenaan staat A, waarvan ik

onderstel, dat het, hoewel er ook van *zijn* oorsprong niets anders te zeggen is dan dit, dat de zaak op zeker tijdstip was in de macht van *a* en door *onrecht* daaruit geraakte, door zijn ouderdom, zoo goed als onaantastbaar geworden is, zoodat we met hetgeen daar nog boven staat in de praktijk niet meer hebben te rekenen. Meerdere rechten dus op dezelfde zaak, het een boven het ander en daardoor van verschillende kracht. Feitelijk is dit de toestand, waarin elk onroerend goed verkeert, waarvan althans de mogelijkheid bij elk onroerend goed moet worden erkend, en juist daarom zegt men dat onder elk stelsel dat niet positief is, de grondeigendom onzeker is. Er zijn waarschijnlijk hier te lande geene onroerende goederen, waarvan het zeker is dat zij nooit anders dan door wettige overgangen van de eene in de andere hand zijn overgegaan; dat er onder de elkander opvolgende bezitters nooit een geweest is, die het eenvoudig eigenmachtig tot zich genomen had, of die als erfgenaam was opgetreden en erkend, zonder erfgenaam te zijn, of aan wien het was overgedragen wel is waar, maar door iemand die daartoe geene bevoegdheid bezat. Integendeel, we mogen aannemen dat er in Nederland geen onroerend goed is (zekere voor den openbaren dienst bestemde goederen uitgezonderd), waarmee in den loop der laatste eeuwen dergelijke feiten niet herhaaldelijk hebben plaats gehad; waarop derhalve niet meer dan eens nieuwe, contraire rechten gevestigd zijn, die zich, tengevolge van het stilzitten der beter gerechtigden, gedurende langer of korter tijd feitelijk hebben weten te handhaven, totdat zij zelve door een contrair bezit werden aangetast. Van alle onroerende goederen in Nederland gelegen kan men zeggen, al weet men dan ook niet van elk hoe en in welke mate, dat zij staan onder de heerschappij van verschillende rechten, waarvan de oudere elken dag in beteekenis verliezen, terwijl het jongste, dat 't welk met de feitelijke heerschappij gepaard gaat, elken dag wint in kracht, totdat het op zijn beurt van die feitelijke heerschappij beroofd en door een nieuw recht opgevolgd wordt. Overal niets dan

verdwijnende en opkomende relatief betere en relatief mindere rechten.

Is deze beschrijving juist, dan is dus tot nog toe voorwerp van verkeer in Nederland niet de eigendom, het absoluut onaantastbare recht op den grond, maar een meer of minder deugdelijk bezitrecht: een bezitrecht dat door de groote massa der menschen moet worden gerespecteerd en tegen schennis van hun kant met zakelijke acties wordt beschermd, dat echter op zijn beurt voor een relatief beter recht, zoodra dit zich aanmeldt, zal hebben te wijken. Door de invoering van het positieve stelsel nu zou dit anders worden. Voorwerp van verkeer zou uitsluitend zijn de ware, de volstrekt zekere eigendom, de eigendom dien we tot nog toe uitsluitend uit de boeken kenden maar in de maatschappij niet tegenkwamen.

Is dit een voordeel? Tot zekere hoogte ongetwijfeld. Dat men in staat is op den grond een recht te verkrijgen dat het absoluut beste is en door geen beter kan worden aangetast, moet op zichzelf als een voordeel worden erkend. Feitelijk echter is dit voordeel niet zoo groot als het lijkt, daar toch, gelijk door bijna ieder die er zich over heeft uitgelaten, wordt toegegeven, de tegenwoordige onzekerheid van 't recht op den grond in de praktijk niet zeer groot is: de betere rechten, van wier bestaan de groote waarschijnlijkheid moet worden toegegeven, houden zich in bijna alle gevallen stil: zoo nu en dan verneemt men van eene opvordering van onroerend goed, maar zij is uiterst zeldzaam. Van nog meer gewicht is, dat tegenover het voordeel staat een nadeel. Door de uitsluitende erkenning van het verkeer in den absoluut zekeren, den waren eigendom, sluit men het verkeer in relatief betere bezitsrechten uit. Ook onder het positieve grondboekstelsel zal het voorkomen, dat onroerende goederen, hetzij door eigenmachtige inbezitneming, hetzij door nietige overdrachten, komen in handen van personen, wier bezit een onrecht is tegenover het betere recht of tegenover het absoluut beste recht van een ander.

Het onrecht in den bedoelden vorm, het contraire bezit, wordt natuurlijk door 't grondboek niet onmogelijk gemaakt. Er zullen dus bezitters zijn, die het absolute recht missen, en evenveel absoluut gerechtigden, die niet in het bezit zijn. De eersten echter, de feitelijke bezitters, zullen in het geheel geen recht hebben: dat zij het goed in handen hebben en genieten is een onrecht niet alleen tegenover den waarlijk gerechtigde wiens bezit en genot zij beletten, maar absoluut, tegenover elk en een iegelijk. Het is een onrechtmatig feit en niets anders. Zulke onrechtmatige feiten kunnen niet worden overgedragen: men kan slechts zijne onrechtmatige plaats ruimen en daardoor een ander de gelegenheid geven het onrecht voort te zetten. De rechtsorde zal geschonden blijven tot op het heugelijk oogenblik, waarop de ware eigenaar in het bezit teruggetreden zijn zal. In den tusschentijd is het goed als het ware aan het verkeer onttrokken: slechts het absolute recht des waren eigenaars, die het goed *niet* in handen heeft, is voor overdracht vatbaar en kan met zakelijke rechten bezwaard worden.

Welnu, dit noem ik een nadeel; ik zie niet in wat er het nut van is. Waarom zullen de onroerende goederen geen voorwerp van recht en verkeer kunnen zijn, zoodra de ware eigenaar daarvan het bezit niet heeft? Waarom zal de man, die nu bezitter is, niet tegenover andere minder gerechtigden als rechthebbende kunnen optreden? De ware eigenaar kan dunkt mij tevreden zijn met de actie, die hem in staat zal stellen de zaak in zijne handen terug te brengen en aan de gedurende de periode der usurpatie daarop verkregen maar tegenover hem niet bestaande rechten een einde te maken.

Misschien zal men mij antwoorden: het recht gaat boven alles, fiat justitia! De rechtsorde mag het onrecht nooit bekrachtigen, ook niet als daarmee voor de maatschappij schijnbaar eenig voordeel verkregen zou worden. Maar het is juist de vraag of datgene, waaraan men dan den naam van recht geven zou, wel werkelijk recht is, of het niet veel-

eer eene valsche theorie is, die men uit de leerboeken in de werkelijkheid tracht over te planten. Ik voor mij twijfel niet, of dit laatste is het geval. De gang van zaken, dien ik boven beschreef, is niet iets abnormaals, het noodlottig gevolg van de slechte organisatie der maatschappij: hij ligt in den aard der zaak en is nu eenmaal niet te weren. Altijd en overal zal het geschieden, dat onroerend goed, na misschien tijden lang volkomen regelmatig te zijn overgegaan, door eene onbevoegde inbezitneming of door eene nietige overdracht komt in verkeerde handen, en nu in deze als het ware een nieuw rechtsleven begint. Dit te ignoreeren, het recht omtrent onroerend goed in te richten naar een idealen toestand, die niet aanwezig is, al leert de theorie, dat zij aanwezig behoorde te zijn, kan naar mijn bescheiden meening niet gezegd worden eene verstandige wijze van handelen te zijn. En toch is het dit wat men in het positieve stelsel doet. Het gaat uit van de onderstelling, dat de personen, die bij de invoering van het stelsel als de absoluut gerechtigden, als de ware eigenaars in den meest ideëelen zin van het woord aan te merken zijn, zijn uitgevonden en is er nu verder op ingericht het recht bij hen en hunne regelmatige opvolgers te houden, niet door onbevoegde inbezitnemingen en nietige overdrachten te voorkomen, dat is niet mogelijk, maar door eenvoudig aan die handelingen elke erkenning te ontzeggen, d. i. niet als wetgever doch als zedenmeester te werk te gaan.

Indien bovenstaande opmerkingen juist zijn, dan is het duidelijk, dat men het positieve stelsel op zeer onvoldoende wijze kenmerkt door het te noemen een stelsel van openbaarheid ter betere verzekering van de rechten op den grond. Het is veel meer dan dit. Daar waar het wordt ingevoerd, brengt het in 't recht omtrent den grond eene gansche omwenteling, en maakt het eene geheele herziening van alle instellingen, die met dat recht in een direct of ook maar indirect verband staan, noodzakelijk. De voorstanders van zulk eene invoering mogen zich dit wel bewust zijn.

Hierbij breek ik mijne uiteenzetting van het positieve stelsel, die langzamerhand op een critiek daarvan is uitgeloopen, af, en daarmee acht ik ook de taak, die ik op mij genomen heb, ten naasten bij vervuld. Die taak was niet: uit te maken welk stelsel, het negatieve of het positieve, de voorkeur verdient, maar den lezer enkele van de gegevens te verschaffen, die hem tot het doen van eene verstandige keuze in staat zullen stellen, en haar heb ik, zoo goed het ging, volbracht. Toch wil ik ten slotte wel erkennen, wat trouwens reeds gebleken zal zijn, dat ik voor mij aan het negatieve stelsel den palm toeken. Door den rang van verschillende van één zelfden persoon uitgaande rechtshandelingen betreffende één zelfde zaak, of één zelfden persoon opgelegde rechterlijke beslissingen, op voor ieder belanghebbende onmiskenbare wijze vast te stellen, brengt het ontzaggelijk veel bij tot de zekerheid van het recht op den grond en staat het hoog boven de stelsels, die zooals het Romeinsche, het Fransche vóór de wet van 1855 en het Engelsche de openbare eigendomsregisters niet kennen. Aan den anderen kant onthoudt het zich van de overdrijving eigen aan het positieve stelsel, dat wel is waar onder zekere voorwaarden de werking der rechtshandelingen betreffende onroerend goed waarborgt, niet alleen voorzoover zij van rang maar ook voorzoover zij van het recht des auteurs afhangt, maar dit slechts doen kan door het verkeer aan banden te leggen en onder toezicht te plaatsen en het, voorzooverre het zich aan die banden en dat toezicht niet stoort, te straffen met nietigheid, met volstrekte werkingloosheid.

Het negatieve stelsel dus. Hiermee zij echter niet gezegd, dat ik de bepalingen van onze wet, al behooren zij tot deze klasse, onverbeterlijk zou achten. Integendeel ik geloof, dat zij voor zeer veel verbetering vatbaar zijn. Het stelsel is er, voor zooveel betreft den eigendom en de andere zakelijke rechten, op de hypotheek na, meer in aangeduid dan uitgewerkt; voor de hypotheek is het tamelijk uitvoerig uitgewerkt maar op geheel andere grondslagen. De regeling

van de inschrijving en doorhaling van hypotheken, ontleend aan het Fransche recht waar zij wegens de gehandhaafde wettelijke en judicieele hypotheken misschien niet anders mogelijk was, is van zoodanigen aard, dat zij er op aangelegd schijnt het ware karakter van het negatieve stelsel te verbergen en dit het uiterlijk te geven van een mislukt positief stelsel. Het eerste bestaat in de openbaarmaking van rechtshandelingen, opdat de volgorde der openbaarmakingen voor zooveel noodig den rang waarin zij werken zal bepalen. Het andere is de van overheidswege als juist gewaarborgde openbare bekendmaking van de eigenaren der onroerende goederen, van de daarop gevestigde zakelijke rechten en van de eigenaren van deze. En hoe vertoont zich, bij oppervlakkige beschouwing, ons hypothekair stelsel? Juist als zulk eene bekendmaking van hypotheken en hypothekaire schuldeischers, eene bekendmaking die zich dan echter zeer tot haar nadeel van die van het positieve stelsel daarin onderscheidt, dat zij zonder voorafgaand onderzoek geschiedt en dan ook niet als juist gewaarborgd wordt. En deze opvatting wordt niet weinig versterkt door de regeling der doorhaling, die niet alleen bij oppervlakkige beschouwing maar werkelijk eene met rangbepaling niets gemeen hebbende mededeeling is aan het publiek en in een negatief stelsel in het geheel niet thuis hoort. Ik geloof ons niet rechtsgeleerd maar zaken doend publiek, noch ook misschien dat deel van ons rechtsgeleerd publiek dat van ons onderwerp niet heeft gemaakt een speciale studie, geen onrecht te doen, indien ik beweer, dat zij zich ons stelsel van openbare registers voorstellen als een stelsel van door de overheid openbaar gemaakte mededeelingen omtrent den rechtstoestand van grond en bodem, van mededeelingen echter die niet van de overheid zelve uitgaan doch haar door ieder die wil worden in handen gegeven, en voor wier juistheid zij daarom niet instaat. Vandaar die onmiskenbare drang naar het positieve stelsel, naar een stelsel van op onderzoek van overheids-

wege steunende, daarom betrouwbare en door haar gewaarborgde mededeelingen, dat zich nu als eene onvermijdelijke verbetering voordoet. Welnu, deze gangbare voorstelling, die van het negatieve eenvoudig maakt de misgeboorte van het positieve stelsel, hebben we, naar ik meen, aan de regeling van de hypotheek te danken; lang vóór de uitvaardiging der wet was, blijkens hetgeen wij lezen bij Voorduin IV, bl. 531—541 passim, de regeering zelve er reeds door van de wijs gebracht.

Wat ik daarom thans, bij behoud van het negatieve stelsel, in de eerste plaats noodig acht is eene geheele omwerking van den titel van hypotheek. Het stelsel van „inschrijving nemen" moet plaats maken voor dat van „overschrijving". Dit laatste echter moet, niet alleen ten aanzien van de hypotheek, maar ten opzichte van den eigendom en de andere zakelijke rechten en met betrekking tot al deze rechten in hunne onderlinge verhouding, beter, met een juister inzicht in zijn eigenlijke wezen, worden uitgewerkt. Het best zou dit, naar het mij voorkomt, geschieden in een algemeenen, inleidenden titel. En bij de samenstelling van dezen titel zou hoofddoel moeten zijn dit duidelijk te doen uitkomen, dat onze eigendoms- en hypothekaire registers niet zijn verzamelingen van allerlei publicaties omtrent den grond en de rechten op den grond, maar eenig en alleen middelen ter bepaling van den rang, waarin rechtshandelingen van één zelfden persoon betreffende ééne zelfde onroerende zaak, en vonnissen één zelfden persoon met betrekking tot ééne zelfde zaak opgelegd, voor werking in aanmerking komen.

Gelukt het zulk een titel samen te stellen en gaat met die samenstelling gepaard de verwijdering van ons tegenwoordig kadaster naar de administratie der belastingen en de invoering van een nieuw kadaster in boven beschreven geest, dan zal het gevaarlijk vertrouwen, dat het publiek thans stelt in de inlichtingen, ten hypotheek- en kadasterkantore verkregen, verdwijnen en plaats maken voor het

inzicht, dat men in deze, gelijk in zoovele zaken, 't best kijkt uit eigen oogen.

In vraagpunt IV stelt het Bestuur de verbetering van onze wetgeving, bij behoud van het negatieve stelsel, aan de orde. De onderdeelen *a.* *b.* en *c.* van dat vraagpunt moeten m. i. zonder twijfel bevestigend worden beantwoord. Indien, gelijk de Heer Moll in zijn praeadvies (p. 314) zegt, de kosten van notarieele akten te hoog zijn dan dat slechts zulke akten voor overschrijving geschikt verklaard zouden kunnen worden, dan volgt daaruit alleen, dat die kosten behooren verlaagd te worden, niet dat men zich in het vervolg gelijk tot heden met dikwijls slecht geredigeerde onderhandsche akten tevreden zou moeten stellen. Duidelijke omschrijving van rechten en verplichtingen, liefst in langzamerhand traditioneel geworden termen, is eene zeer wenschelijke zaak en zij is in notarieele akten eer te verwachten dan in onderhandsche. Wat de onderdeelen *d.* en *e.* van bedoeld vraagpunt betreft, de verjaring komt mij voor geheel buiten de quaestie te staan. Dat de wet door haar te verkorten kan bijdragen tot meerdere zekerheid van het recht op den grond, zonder daarom nog onbillijk te worden tegen den vorigen gerechtigde, is zeer goed mogelijk, maar met de quaestie positief of negatief? heeft dit niet te maken. En de vraag onder *d.* gesteld zou ik bepaald ontkennend beantwoord willen zien. De registers moeten zijn, zuiver en niets anders, middelen ter bepaling van den rang van rechtshandelingen en vonnissen, waardoor „rechten op onroerend goed verkregen, verloren of beperkt worden", niet middelen ter publicatie van feiten, die op de handelingsbevoegdheid der rechthebbenden van invloed zijn. Dat de kennis van deze feiten voor het publiek van belang zijn kan, is onweersprekelijk, maar zij worde op andere wijze verschaft: tenzij men 't gevaar loopen wil den waren aard van het negatieve stelsel steeds meer onder allerlei bijzaken te verbergen.

BOEKBESCHOUWINGEN.

Het Recht van Belastingheffing der Plaatselijke Besturen. — Academisch Proefschrift, door N. A. Tonckens. — Utrecht, 1893. — 144 bl.

Bovenstaanden titel draagt het tamelijk lijvig proefschrift, waarop de heer N. A. Tonckens onlangs te Utrecht tot doctor in de rechtswetenschap werd bevorderd en dat de redactie van dit tijdschrift mij verzocht aan te kondigen.

Dat de Heer T. zich tot dit onderwerp aangetrokken gevoelde, komt mij zeer verklaarbaar voor. Nu de finantiëele nood der gemeenten eenerzijds leidt tot allerlei pogingen om de wettelijke bepalingen op het recht van belasting-heffen te ontduiken, en anderzijds ten gevolge heeft, dat steeds dringender wordt gevraagd om eene herziening der betreffende bepalingen; nu de gemakkelijke gelegenheid om hier geld te verdienen en het ginds te verteren, doet omzien naar middelen om ook niet-ingezetenen te treffen, nu is het onderwerp ongetwijfeld zeer actueel.

De Schrijver zal evenwel onder het bestudeeren van zijn onderwerp wel eens met leede oogen gezien hebben, dat er niet veel nieuws meer over viel te zeggen. Niet dat ik zou willen beweren, dat het laatste woord over gemeente-belastingen zou zijn gezegd, doch wel dat de zaak reeds van zoovele zijden is bezien, dat voor het vinden van nieuwe gezichtspunten een grootere dosis kennis van staathuishoudkunde en belastingrecht noodig is, dan waarover iemand die eerst aan zijn proefschrift toe is, in verreweg de meeste gevallen, beschikt.

Met uitzondering van het laatste Hoofdstuk, waarin de Schrijver de denkbeelden van de Ministers Godin de Beaufort en Pierson over de hervorming der gemeente-belastingen kortelings bespreekt, vindt men dan ook in het proefschrift weinig of geen nieuwe gezichtspunten; de Schrijver heeft er zich toe bepaald, de geschiedenis van ons gemeentelijk belastingstelsel beknopt weer te geven en de economische en juridische quaestiën, die bij het

opstellen en toepassen der betreffende artikelen der Gemeentewet zijn gerezen, te behandelen en daarbij telkens, na beschouwing der argumenten aan beide zijden gebruikt, partij te kiezen.

De wijze, waarop de Heer T. deze taak heeft volbracht, maakt zijn boekje m. i. alleszins lezenswaardig voor degenen die zich op de hoogte willen stellen van de vraagstukken, welke zich omtrent gemeentebelastingen hebben voorgedaan, en van de quaestiën, die alsnog voor den wetgever te beslissen blijven.

Hiermede is evenwel niet gezegd, dat ik steeds aan de zijde sta van Mr. Tonckens, waar hij zich partij stelt in gerezen geschilpunten. Een paar vragen wil ik aanroeren, waarin ik sterk van hem verschil.

De eerste betreft een punt van belastingwetgeving.

Mr. Tonckens kiest bij de vraag, wat bedoeld wordt met «openbare gemeentewerken, bezittingen of inrichtingen» in art. 238, eene zeer ruime opvatting, met name die door Mr. van Oosterwijk verkondigd. Als argument voor deze keuze vermeldt hij o. a., dat zij het voordeel met zich brengt, dat bij de ruime opvatting van art. 238 ook art. 254 eene ruime werking heeft, waarvan het gevolg zal zijn, dat de gemeente slechts, wanneer de noodzakelijkheid er toe dringt, als beheerster van dergelijke inrichtingen zal optreden. Wanneer men nu evenwel eene dergelijke beperking van de taak der gemeenten in onzen tijd nog een voordeel noemt, dient m. i. toch wel eenig argument voor dusdanige beperking te worden aangehaald. Ja men behoeft nog in het geheel niet met de Fabians mede te gaan om toch aan iemand, die over eene groote uitbreiding van de taak der gemeënten zoo «la mort sans phrase» uitspreekt, de lezing der *Fabian Essays* of van het boekje over Glasgow's gemeenteorganisatie te kunnen aanbevelen.

Dat Mr. Tonckens, waar hij dergelijke motieven heeft voor eene ruime interpretatie van art. 238, art. 254 behouden wil, zooals het is, spreekt wel van zelf.

Doch aan degenen, die wat minder dan hij neerzien op de gemeente als ondernemer, zal hij dan ook wel niet kwalijk nemen, dat zij, zoo zij met hem medegaan bij de ruime opvatting van art. 238, art. 254 liefst zoo spoedig mogelijk geheel of gedeeltelijk willen zien verdwijnen.

De beperking, in art. 254 gesteld, schijnt mij althans toe, eene goede regeling der retributies meer in den weg te staan dan te bevorderen.

Hoe hoog moet eene retributie zijn? Mr. Pierson antwoordt [1]: zoo hoog, dat iedere verhooging meer werkelijk nadeel aan 't publiek dan voordeel aan de Staatskas toebrengt, en iedere verlaging meer nadeel aan de Staatskas dan werkelijk voordeel aan het publiek.

Welnu, geldt deze regel voor post en telegraphie en onderwijs, zij geldt m. i. evenzeer voor gas, waterleiding, haven- en kaaigeld, en zonder twijfel is vaak deze economische grens voor retributies ruimer dan de wettelijke van art. 238.

Ik kan mij het geval denken, dat art. 254 eene gemeente dwingt tot een zeer lagen prijs van het duinwater, terwijl een verhooging van den prijs wel de gemeentekas zou vullen, doch slechts dat waterverbruik zou doen verminderen, dat van zeer weinig nut is, als b. v. voor fonteinen in particuliere tuinen, enz.; in dit geval nu zou art. 254 bepaald eene slechte werking hebben. Niet overbodig of af te keuren is eene bepaling gelijk art 254 daarentegen voor die retributies, die voornamelijk door niet-ingezetenen betaald worden. Aangezien toch bij de bepaling van het bedrag van deze heffingen tegenover het belang der gemeentekas, niet het belang der ingezetenen, maar dat van vreemden staat, is hierbij eenige wettelijke verdediging der belangen van niet-ingezetenen niet van onpas; dit geldt bijv. voor marktgelden, havengeld, enz.

Ook meen ik, dat bij het beschouwen van art. 254 niet moet worden voorbijgezien, dat de naleving van dit artikel moeilijk kan worden gecontroleerd, dat de bepaling dan ook trouwens veel wordt ontdoken, en dat dergelijke voorschriften met geringe sanctie eene wet niet verfraaien.

Een ander geval, waarin ik geheel van opinie verschil van Mr. T., geldt het juridische deel van zijn proefschrift, hetgeen overigens in 't algemeen naar mijne meening het beste gedeelte is. Ik heb het oog op bl. 43. Mr. Tonckens bespreekt aldaar den omvang van 's Konings recht om goedkeuring te onthouden aan gemeentelijke belastingverordeningen en stelt de vraag «of de Koning eene «plaatselijke belasting, als aan de wet voldaan is, mag afkeuren, «*wegens strijd met het belang der gemeente*, *d. i. met het al-«gemeen belang*». «Deze vraag ontleent haar gewicht», zoo gaat hij voort, «daaraan, dat bij hare bevestigende beantwoor-«ding de autonomie der gemeente wordt beperkt. Toch meen «ik het antwoord in dien zin te moeten geven, omdat art. 147

[1]) Bl. 361 en 362 van het tweede deel van zijn *Leerboek*.

«Grondw. het niet verbiedt en art. 145 al. 2 Grondw. bepaalt, «dat de macht des Konings tot vernietiging van besluiten wegens «strijd met de wet of met het algemeen belang «onbeperkt» is «ten aanzien van plaatselijke verordeningen en reglementen, «waaronder de plaatselijke belastingverordeningen begrepen zijn.»

De Heer T. wart hier, dunkt mij, twee vragen dooreen, nl. deze: heeft de Koning het recht aan belastingverordeningen goedkeuring te onthouden op grond van strijd met het algemeen belang, en heeft hij dit recht op grond van strijd met het gemeentebelang. De Schrijver stelt begrippen op ééne lijn, die in dit verband juist tegenover elkaar moeten worden gesteld. 's Konings taak is te waken, dat de provincie of de gemeente bij de regeling harer belangen niet in strijd kome met het algemeen belang.

Vroeg men nu mijn oordeel over de vraag, of de Koning wegens strijd met het algemeen belang goedkeuring mag onthouden, dan beantwoordde ik die gaarne bevestigend, al zou ik nu juist niet de tweede alinea van art. 145 te hulp roepen, gelijk de Heer T. doet, omdat «onbeperkt» aldaar m. i. beduidt: «kan niet beperkt worden bij een eventueele opdracht van publiek«rechtelijke geschillen aan een onafhankelijk administratiefrechte«lijk college», en omdat ik ook niet gaarne art. 145 G. W. (140 oude Grondwet) op belastingverordeningen zou willen toepassen, al was 't maar alleen omdat ik zoodoende art. 236 Gem.wet zou verklaren te zijn in strijd, zoowel met de vorige als met de tegenwoordige Grondwet.

Het beroep, ook door Mr. Tonckens gedaan, op art. 147 G. W. en de positie in 't algemeen van den Koning tegenover provincie en gemeente geven argumenten genoeg voor dusdanige bevestigende beantwoording.

Als men mij evenwel vroeg, heeft de Koning het recht, goedkeuring te onthouden wegens strijd met het gemeentebelang, dan beantwoordde ik dit ten stelligste ontkennend, met verwijzing naar hetgeen Prof. J. T. Buijs op bl. 93 van het tweede deel zijner *Grondwet* zegt, omtrent de vraag of de Koning aan provinciale verordeningen zijne goedkeuring mag onthouden op grond van strijd met het belang der provincie. Evenmin als hij medewetgever is in de Provincie, is de Koning mede-(belasting)-wetgever in de Gemeente. Regeling van het gemeentebelang is de taak, de G. W. zegt het duidelijk, van den Raad; de Koning zie slechts toe, dat het *algemeen* belang, waarvan hij de vertegenwoordiger is, niet worde geschonden.

Behalve deze beide quaestiën zijn er meer, omtrent welke ik met den Schrijver van het proefschrift van meening verschil.

In 't algemeen evenwel heeft Mr. T. naar mijne opinie getoond een goed inzicht te hebben in de vragen die zich voordoen. Er blijkt over het geheel, dat hij bij het schrijven van zijn proefschrift meer heeft willen doen dan eene wettelijke voorwaarde voor de promotie vervullen, en de lezing van het geschrift geeft recht tot het vermoeden, dat Mr. Tonckens zelf den tijd aan zijn proefschrift besteed wel niet als het onvruchtbaarst gedeelte van zijn studietijd zal beschouwen.

v. Gijn.

Het truck-stelsel. Acad. Proefschrift, door J. H. C. Busing. — Groningen, 1892. — 144 bl.

Op 15 Mei 1889 werd door onze Regeering een Ontwerp van wet ingediend «houdende bepalingen tot waarborging van de vrije beschikking door werklieden over hun verdiend loon». Twee jaren lang duurde de schriftelijke gedachtenwisseling tusschen Regeering en Volksvertegenwoordiging. Eindelijk, in Juni 1891, was het Ontwerp rijp voor de openbare beraadslaging; doch kort daarna, in September 1891, werd het door den toen opgetreden Minister van Justitie ingetrokken. Sedert wordt over het vraagstuk minder druk gesproken, waarschijnlijk omdat men verwacht, dat het opnieuw bij de wetgevende macht zal worden aanhangig gemaakt. Ietwat ironisch klinkt de opmerking (bl. 98): «tegenwoordig weet men nog slechts door de herinnering van voor een paar jaar, dat er bij ons te lande een misbruik als het truckstelsel bestaat». Hoe het zij, de Heer Busing deed een verdienstelijk werk door de bouwstoffen bijeen te brengen, voor eene behoorlijke behandeling der quaestie noodig.

Schr. staaft vooreerst de bewering, dat misbruiken ten aanzien der loonbetaling helaas ook in Nederland voorkomen, in het bijzonder door eene reeks aanhalingen uit de verhooren, door de Enquête-Commissie in de Veenderijen gehouden. De tijd liet hem niet toe, ook de andere bundels door te werken; een arbeid trouwens, die, zoolang nog geen samenvattend verslag was verschenen, onevenredig tijdroovend zou zijn geweest. Op welke wijze is het kwaad te verhelpen? Krachtig georganiseerde arbeidersvereenigingen zouden veel vermogen, doch ze ontbreken ten

onzent. De invloed der openbare meening, schoon niet geheel onbeteekenend, bleek onvoldoende. Rest geen ander middel dan de tusschenkomst des wetgevers; dat dit middel geoorloofd is en aanbevelenswaardig, toont Schr. aan op bl. 21 vlg., zij het ook al niet met nieuwe, dan toch met deugdelijke bewijsgronden en met warmte van overtuiging.

Doch «het is gemakkelijker te zeggen, dat de wetgever hier moet tusschenbeide komen, dan den vorm aan te geven, waarin dit behoort te geschieden» (bl. 97). Den toekomstigen wetgever staan vooreerst ten dienste de regelingen, elders tot stand gebracht; «de ondervinding van die landen is voor ons eene leerschool, die wij niet opnieuw behoeven te doorloopen» (bl. 28). In Hoofdstuk II levert Schr. een over het geheel nauwkeurig overzicht [1]) van de wetgeving in Engeland, België, Duitschland en Oostenrijk; de daar geldende wetten zijn, zeer practisch, op bl. 121—138, als Bijlagen afgedrukt. Hoofdst. III geeft verslag van hetgeen bij onze wetgevende macht in de jaren 1888 tot 1891 te dezer zake is verhandeld; de inhoud der gewisselde stukken is daar, tamelijk volledig, geresumeerd.

Hoofdst. IV eindelijk vormt het critische gedeelte van het proefschrift. Schr. ontwikkelt hier zijne eigene denkbeelden omtrent de meest wenschelijke regeling dezer moeilijke stof. Sluit hij zich in vele opzichten aan bij het meergenoemde Regeeringsontwerp — o. a. waar hij meent, dat de sanctie der bepalingen eene strafrechtelijke zal moeten zijn — toch veroorlooft hij zich ook meermalen, er van af te wijken. Niet altijd zou ik met des Schrijvers redeneeringen kunnen medegaan. Zoo verklaart hij het niet wenschelijk te achten, dat de toekomstige regeling eene plaats vinde in het Burgerlijk Wetboek; «het zou toch uiterst moeilijk zijn haar in dit Wetboek te wringen en opneming daarin zou noodzakelijk eene omwerking van tal van bestaande artikelen met zich brengen» (bl. 100). Overtuigend schijnt mij deze bewijsvoering niet. Wat het eerste argument aangaat, zoo ligt het bezwaar eenvoudig in de verstoring der artikelenreeks van het Wetboek — een bezwaar, dat zich allicht bij elke gedeeltelijke herziening voordoet. En wat het tweede betreft, zoo zal de beslissing of dergelijke omwerking noodig is, toch wel meer afhangen van den inhoud der nieuwe regeling, dan van de plaats waar ze wordt neergeschreven: ook wanneer ze in het Burg.

[1]) Wij vonden slechts enkele kleine onjuistheden, o. a. in de citaten op bl. 48 nt. 1.

Wetb. wordt opgenomen, zal ze, als bijzondere regeling, voorgaan boven de algemeene artikelen, waarmede ze mocht strijden. De vraag: aanvulling van het Burgerlijk Wetboek of uitvaardiging eener bijzondere wet, acht ik dus door deze redeneering allerminst beslecht.

Of het juist gezien is, dat de spoedige totstandkoming eener wet zal worden bevorderd, indien ook bij eene volgende poging de vraag niet wordt in verband gebracht met andere onderdeelen der regeling van het arbeidscontract, mag worden betwijfeld. De tot dusver opgedane ervaring bewijst dit althans niet. Tegenover het voorbeeld van Engeland, waar de *truck* het onderwerp vormt van speciale wetten, staat dat van Duitschland en Oostenrijk, waar soortgelijke bepalingen in de algemeene *Gewerbeordnungen* werden opgenomen.

Zoo zoude er, op meer punten, aanleiding bestaan tot nadere wisseling van gedachten. Doch erkend moet worden, dat de amendementen, door Schr. op bescheiden toon voorgedragen, doorgaans blijk geven van flink onderzoek en zelfstandig nadenken. Zij verdienen ten volle te worden overwogen, wanneer de quaestie opnieuw aan de orde komt.

D.

J. R. ROELFSEMA, de beteekenis der woorden „onrechtmatig" en „schuld" in art. 1401 B. W. — Prft., Groningen, 1893. — 133 bl.

Art. 1401 B. W. heeft in de laatste jaren zeer de aandacht getrokken en tot verschillende verhandelingen aanleiding gegeven. Tegen de gebruikelijke uitlegging van het artikel is krachtig verzet aangeteekend; eene vrijere opvatting, die meer rekening houdt met de sociale en ethische beteekenis van het daarin vervatte rechtsvoorschrift, werd met overtuiging tegenover de engere meer formeele beschouwing onzer eerste civilisten bepleit. De Heer Roelfsema heeft daarin aanleiding gevonden tot het schrijven van het bovenvermelde proefschrift, en was zijne keuze eene gelukkige, ook van de uitvoering mag dit gezegd worden.

Na eene korte inleiding geeft Schr. in een 1ste Hoofdstuk een duidelijk overzicht van de verschillende meeningen, omtrent ons artikel in de rechtsliteratuur verkondigd, eene veelzins wèlgeslaagde critiek tevens van die opvattingen, welke aan het woord

«onrechtmatig» eene beperkte beteekenis toekennen. De nieuwe leer, welke het artikel beschouwt als een renvooi naar en als de sanctie van de in en door het maatschappelijk verkeer geijkte en aan een ieder tot plicht gestelde gedragsregels, wordt door Schr. omhelsd op grond van overwegingen, die in Hoofdstuk II nader worden ontvouwd. Achtereenvolgens wordt bij de geschiedenis van de artt. 1401 en 1402, de beteekenis van het woord «schuld» en den practischen kant der behandelde vraag meer uitvoerig stilgestaan. Eene 2de Afdeeling bevat een zeer interessant overzicht van de jurisprudentie, verdeeld in vier rubrieken, naar gelang voor de toepasselijkheid van het artikel werd gevorderd: 1°. strijd met de wet of eenige wettelijke verordening, 2°. overschrijding van een subjectief recht, hetzij *a.* van den dader, hetzij *b.* van den benadeelde, of 3°. moreele afkeurenswaardigheid, terwijl in eene 4de rubriek enkele beslissingen zijn ondergebracht, die niet passen in een van de drie andere rubrieken.

Met genoegen hebben wij van Schr.'s degelijken arbeid kennis genomen en begroeten wij in hem een krachtigen voorstander van de zoogen. nieuwere leer, die hij, vooral in zijn historisch betoog, nader heeft bevestigd.

Bij al onze ingenomenheid met zijne proeve vergunne de heer Roelfsema ons echter ten slotte een paar opmerkingen. De door hem gevolgde methode om de verschillende meeningen over art. 1401 B. W. nevens elkander te stellen, maakt ongetwijfeld het overzicht gemakkelijk, maar tevens de tegenstellingen te scherp. Daardoor komt te weinig uit, hoe met name in de jurisprudentie de verschillende opvattingen ineenvloeien en ook bij verschillend uitgangspunt de resultaten soms vrijwel overeenstemmen. Voorts hebben wij te vergeefs naar de redenen gezocht, waarom de Schr. zijn overzicht van de jurisprudentie omstreeks 1884 afbreekt, aldus de laatste 10 jaren, die hem een rijken en zeer verscheiden oogst zouden hebben opgeleverd, buiten aanmerking latende. De volledigheid van zijn overzicht laat daardoor wel wat te wenschen over.

M.

Mr. M. W. F. TREUB, het notariaat, bezoldigd staatsambt. — N. J. VERKOREN, moet het notariaat een bezoldigd staatsambt worden? (Overgedrukt uit het *Bijvoegsel* beh. bij het *Weekblad voor Notarisambt en Registratie* v. 4 Juni 1893, nº. 1223). — 46 en 15 bl.

Voor de a. s. algemeene vergadering der Broederschap van Candidaat-Notarissen is aan de orde gesteld de vraag, of het notariaat een bezoldigd staatsambt moet worden? Ten verzoeke van het Hoofdbestuur hebben de Heeren Treub en Verkoren zich belast met het uitbrengen van praeadvies. Op hunne adviezen, die ons ter aankondiging werden toegezonden, en die, nevens vele andere verdiensten, ook deze bezitten dat ze tot verschillende conclusies komen, vestigen wij gaarne de aandacht van de lezers van ons tijdschrift. Beide verdienen die aandacht in hooge mate.

De heer Treub gaat uit van de wenschelijkheid, dat de wet verschillende rechtshandelingen aan een bepaalden vorm binde. Vormvoorschriften doen echter voor partijen behoefte ontstaan aan voorlichting door deskundigen. De Staat, die de inachtneming der vormvoorschriften oplegt, dient dus ook de noodige deskundigen aan te stellen, belast met de zorg voor de naleving dier voorschriften. Tevens behoort de Staat mede te dragen in de kosten aan die naleving verbonden. De noodzakelijkheid van het ambtelijk karakter van het notariaat acht Schr. hiermede aangetoond. Maar, vraagt hij, hoe komt het nu, dat de notaris wel ambtenaar is, doch dat de Staat in de kosten van zijn ambt niet bijdraagt? Om dit verschijnsel te verklaren voert Schr. ons in een 2de Hoofdstuk de historische ontwikkeling van het notariaat voor oogen. In een derde Hoofdstuk worden vervolgens de practische voor- en nadeelen van bezoldiging van staatswege tegen elkander afgewogen. Een en ander doet den Schr. de volgende conclusie trekken, als eindresultaat van zijn van uitgebreide kennis getuigend onderzoek:

«Het hervormen van het notariaat tot een bezoldigd staatsambt ligt geheel in de lijn der geschiedenis van deze instelling, en deze hervorming is noodig zoowel op grond van overwegingen van algemeenen aard als omdat de praktische bezwaren, die er tegen kunnen worden ingebracht, door de voordeelen, welke de verandering voor het publiek, voor den staat en voor de notarissen zelven zal hebben, ver worden overtroffen».

De heer Verkoren bepaalt zich, misschien niet ten onrechte, tot een onderzoek naar de voor- en nadeelen van de ge-

wenschte verandering en naar hare beteekenis voor den werkkring van den notaris. Hij geeft daarbij menige opmerking ten beste, die nadere overweging verdient. Zijne conclusie luidt:

«dat invoering van het Staatsnotariaat met alles wat thans tot de notarieele praktijk behoort, niet wenschelijk is, omdat de Staatszorg zich verder zou uitstrekken dan de hedendaagsche maatschappelijke toestand veroorlooft;

«dat bij invoering van het Staatsnotariaat, beperkt tot de authentieke akte, aan den notaris verboden moet worden andere beroepsbezigheden te verrichten;

«dat het Staatsnotariaat, zoowel uitgebreid als beperkt, overvleugeld zou worden door de zaakwaarnemerij, welke zich daarnevens ontwikkelen zou; niet aan de verwachting zou beantwoorden; de kosten voor het publiek niet zouden verminderen, en de malversatiën niet zouden worden voorkomen».

Minder juist schijnt het ons toe, dat de heer Verkoren steeds van het Staatsnotariaat en de invoering daarvan spreekt. Immers het Staatsnotariaat bestaat reeds, evengoed als het Staatsgriffier- en deurwaarderschap. De vraag is alleen, of de notaris voortaan, in plaats van alleen te worden benoemd, ook uitsluitend zal worden bezoldigd door den Staat, een vraag die evenzeer gesteld kan worden en ook gesteld is met betrekking tot andere staatsambtenaren, zooals de griffiers en de deurwaarders, die, evenals de notaris, al zij het niet zooals deze uitsluitend, door het publiek worden betaald. Terecht verzuimt de heer Treub dan ook nooit te spreken van *bezoldigd* staatsambt, waarmede hij de quaestie juist formuleert.

In eene beoordeeling der beide praeadviezen en van de zaak zelve wenschen wij overigens niet te treden. Tot een ongevraagd advies voelen wij ons niet geroepen, wel tot eene opwekking van wie nog opwekking noodig heeft, om van de praeadviezen kennis te nemen. De voorbereiding van het gewichtige onderwerp kon moeilijk aan betere handen worden toevertrouwd.

Dr. W. LOOCK, der strafrechtliche Schutz der Eisenbahnen im Deutschen Reiche. — Berlin, J. Guttentag. 1893. — 104 bl.

Dit werkje vormt de 2de aflevering van het 3de deel van von Liszt's *Abhandlungen des kriminalistischen Seminars.* Het

bevat, nevens een beknopt historisch overzicht, eene dogmatische behandeling van de bepalingen van het Duitsche Strafwetboek, waarin van spoorwegen sprake is. Achtereenvolgens worden besproken de voorschriften, die beschadiging van spoorwegen verbieden (*Verletzungsverbote:* §§ 305, 90 n°. 2, 243 en 250 Swb.), die het doen ontstaan van gevaar verbieden (*Gefährdungsverbote:* §§ 315, 316, 319 en 320 Swb.), en die ongehoorzaamheid verbieden (*Ungehorsamsverbote*). De aandacht verdient daarbij in 't bijzonder het onderzoek, door den Schr. naar het begrip «gevaar» in het strafrecht ingesteld (bl. 161 v.).

Dat in het *Seminar* van Prof. v. Liszt degelijk en wetenschappelijk wordt gearbeid, bewijst de verdienstelijke studie van den heer Loock ons opnieuw.

OPMERKINGEN EN MEDEDEELINGEN.

A. Wetgeving.

Frankrijk. — Onder dagteekening van 6 Februari 1893 kwam tot stand eene wet, *portant modifications au régime de la séparation de corps;* zij brengt wijziging in vier artikelen van den Code civil en is de gedeeltelijke verwezenlijking van een voorstel, reeds in Juni 1884 door eenige leden van den Senaat aanhangig gemaakt; de bepalingen, in dat ontwerp voorkomende omtrent nietigheid van huwelijk, vervielen na een ongunstig advies van den Raad van State.

Door art. 1 wordt art. 108 C. c., volgens hetwelk de gehuwde vrouw geene andere woonplaats heeft dan die van haren man, aangevuld met de twee volgende alinea's:

«De van tafel en bed gescheiden vrouw houdt op, de woonplaats van haren man tot wettige woonplaats te hebben.»

«Evenwel zal elke beteekening, aan de gescheiden vrouw gedaan ter zake van geschillen omtrent den staat, op straffe van nietigheid tevens moeten worden gedaan aan den man.»

Volgens art. 2 wordt in art. 299 C. c. het voorschrift opgenomen, dat ten gevolge der echtscheiding beide echtgenooten het gebruik van hunnen naam hernemen. Met eenigen grond werd bij de beraadslagingen twijfel geopperd, of dit punt niet beter aan de zeden en gewoonten ware overgelaten.

Het belangrijkst is art. 3, dat een nieuwen tekst vaststelt voor art. 311 C. c. Aan de bepaling, dat de scheiding van tafel en bed altijd medebrengt scheiding van goederen, is toegevoegd: «de scheiding v. t. e. b. heeft bovendien ten gevolge, dat de vrouw terugkrijgt de volle uitoefening harer burgerlijke bevoegdheid, zonder dat zij machtiging van haren man of van den rechter behoeft». Vooral over dezen regel is levendig gestreden; verschillende andere stelsels stonden tegenover het thans aangenomene; zoo had de Senaat eerst besloten, dat de voor de vrouw gunstige bepaling alleen zou gelden, wanneer de scheiding te haren gunste tegen den man was uitgesproken. Na eene krachtige

rede van den Regeeringscommissaris Falcimaigne ging de Senaat in Januari 1893 eindelijk over tot het stelsel, nu in de wet neergelegd. Den doorslag gaf de overweging, dat de vrouw, die na scheiding van tafel en bed machtiging behoeft voor elke daad die niet valt onder het gewone beheer, blijkens de ervaring in een onhoudbaren toestand verkeert. Wil de wetgever niet de vrouw in verzoeking brengen, de echtscheiding te verkiezen boven scheiding van tafel en bed, dan moet hij de laatste, wat hare gevolgen betreft, aannemelijk maken.

In art. 3 komen verder nog bepalingen voor omtrent den naam der van tafel en bed gescheiden echtgenooten (eerste lid) en omtrent de gevolgen van de opheffing eener scheiding door verzoening (derde lid), terwijl door art. 4 de processueele voorschriften van art. 248 C. c. eenige wijziging ondergaan.

Dat reeds thans verschillende vragen zijn gerezen over de beteekenis der nieuwe wet, blijkt uit een opstel van Surville in *Revue crit. de législation*, 42, bl. 223 vlg., die zijn betoog aldus samenvat: «elle (namelijk: de wet) n'a peut-être pas, quoiqu'étant restée longtemps sur le métier, été suffisamment mûrie et réfléchie dans toutes ses conséquences. Elle ressemble d'ailleurs en cela à la plupart, sinon à toutes les lois de notre époque».

De wet van 20 December 1892, *relative à l'arrimage des marchandises à bord des navires de commerce*, zegt in haar eenige artikel, dat bij verordening regelen zullen worden gesteld, volgens welke de stuwing aan boord der koopvaardijschepen moet plaats hebben. Tegenwoordig heeft iedere haven hare eigen regels omtrent de stuwing. Menigmaal is het gebeurd, dat een kapitein, die de regels op de plaats van vertrek geldende had in acht genomen, later werd veroordeeld, omdat op de plaats van aankomst, waar de rechter zijne handelwijze had te onderzoeken, andere regels plegen te worden toegepast. Vandaar vele klachten. De thans tot stand gekomen wet strekt om door eenvormige regeling aan deze grieven tegemoet te komen; tevens kan die regeling zoo worden ingericht, dat de veiligheid der scheepvaart er bij wint. Door eene Staatscommissie is reeds een Reglement voorbereid, waarbij bijzondere voorschriften zijn ontworpen voor zeil- en stoomschepen, voor drooge en natte waren, alsook voor ontvlambare of gevaarlijke goederen.

Eene wet van 4 Februari 1893 heeft betrekking op de *hervorming der gevangenisstraf van korten duur*.

Door eene wet van 16 Maart 1893, *relative à la publicité à donner*

aux décisions portant interdiction ou nomination d'un conseil judiciaire, wordt art. 501 C.c. aangevuld en wijziging gebracht in artt. 896 en 897 C. de pr. civ. Doel der wet is, in het belang van derden, aan de vonnissen waarbij iemand onder curateele wordt gesteld grootere openbaarheid te geven, door aanteekening in openbare registers, gehouden ter griffie van de rechtbank der geboorteplaats. De inrichting der registers is nader geregeld bij het decreet van 9 Mei 1893. Men beschouwt deze wet als eene eerste schrede naar de instelling van een algemeen *casier civil*, waarop reeds lang is aangedrongen.

B. Diversa.

J. Th. BUIJS †.

«Op Zondag 14 Mei overleed te Leiden Mr. J. Th. Buijs, hoogleeraar aan de Rijks-Universiteit aldaar, in den ouderdom van ruim 65 jaren.» Zelden wekte eene treurmare in de beschaafde kringen van het Nederlandsche volk zoo algemeene deelneming, als waarvan wij thans getuigen waren. Men voelde, dat een der allerbeste, bekwaamste, edelste burgers was heengegaan. Ruim dertig jaren lang had Buijs, eerst te Amsterdam, daarna sedert 1864 te Leiden, voor een aantal steeds aan zijne lippen hangende hoorders de beginselen van het Staatsrecht ontvouwd, hen opgewekt tot toewijding aan de belangen der gemeenschap, hen doortrokken van zijne nobele opvattingen van Recht en Staat. Op studenten, die van de Hoogeschool meer dan het onontbeerlijke verlangden mede te nemen, had hij, door intiemere besprekingen en door de leiding der Debating-Club, machtigen invloed geoefend. In geschrifte had Buijs zich tot zijne landgenooten gericht in doorwrochte wetenschappelijke werken — waaronder zijn *Grondwet* de eerste plaats inneemt —, in uitstekende rechtskundige verhandelingen, gelijk er vele zijn te vinden in de jaargangen der *Bijdragen tot de kennis van het Staatsbestuur enz.*, in talrijke met spanning verwachte en met gretigheid gelezen vertoogen in *de Gids.* In vergaderingen van Collegiën en Commissiën had Buijs eene veelomvattende werkzaamheid ten toon gespreid. Men had hem zien optreden — en steeds met volle toewijding — in Gemeenteraad en Provinciale Staten, in het College voor de Zeevisscherijen en in Staatscommissiën, als die voor de Grondwetsherziening en de Administratieve Rechtspraak.

Maar niet deze feiten alleen verklaren de hooge positie, die Buijs in Nederland innam, de warme sympathie, welke hij allerwege genoot. Het was de zeldzame beminnelijkheid van zijn persoon, de adel van zijn karakter, die allen machtig aantrok. Leerlingen en vrienden hebben in welsprekende woorden getuigenis hiervan afgelegd. Uitnemend zijn aller gevoelens vertolkt in eene toespraak, op 19 Mei door den oud-hoogleeraar Mr. R. van Boneval Faure tot de studenten in de rechtsgeleerde faculteit gericht en sedert ook in ruimeren kring verspreid. Bij die hulde, op waardige wijze den overledene gebracht, wenschen wij ons eerbiedig aan te sluiten.

Eene waardeering van Buijs' wetenschappelijke beteekenis verwachte men te dezer plaatse niet. In deze zelfde aflevering vinden onze lezers eene bijdrage daartoe, gevloeid uit de pen van een der bekwaamste leerlingen van den Meester.

Met betrekking tot de photographische reproductie van het Florentijnsche handschrift der Pandekten (zie *Rechtsgel. Mag.*, 1890, bl. 628) brengt ons de jongste aflevering van het *Archivio Giuridico* (dl. 50, bl. 379 vlg.) eenige nadere mededeelingen. Ter gelegenheid van het bruiloftsfeest, dat de Koning van Italië in April 1893 vierde, kon de Minister van Onderwijs een exemplaar van de eerste 27 bladzijden aanbieden, zoowel aan Z. M. zelf als aan den Keizer van Duitschland. De omslag van beide exemplaren werd, volgens modellen uit denzelfden tijd als het handschrift, op zeer gelukkige wijze bewerkt. Wat den tekst aangaat, zoo wordt de photographie uitnemend geslaagd, ja bijna volmaakt genoemd. Alle bijzonderheden van het handschrift, zelfs de kleinste verbeteringsteekens en vlekjes, vindt men in den afdruk volkomen terug. Het werk wordt thans voortgezet en zal, naar raming, ongeveer zeven jaren tijd eischen; eene Inleiding, van de hand van Prof. Buonamici, zal er aan worden toegevoegd. De voorwaarden, waarop afdrukken worden verkrijgbaar gesteld, zullen nader worden bekend gemaakt.

Het Hof van Appel te Brussel (1ste Kamer) heeft bij twee arresten van 26 April 1893 opnieuw de vraag beslist, of vervroegde aflossing eener obligatieleening, in strijd met het bij de uitgifte vastgestelde aflossingsplan, geoorloofd is. Op grond dat aan de aflossing een premie van fr. 125 was verbonden, had het Hof in de zaak van de *Grande Compagnie du Luxembourg* bij arrest

van 18 Febr. 1888 de vervroegde aflossing goedgekeurd [1]). De feiten leidden thans tot een andere beslissing en zoo zag zich de Spoorwegmij *de l'Entre-Sambre-et-Meuse* de bevoegdheid tot aflossing ontzegd. Het Hof overweegt dat het vermoeden van art. 1187 Code civ. (art. 1306 B. W.) voor de hand ligt bij geldleening, indien de uitleener, bewogen door een gevoel van welwillendheid, tegen een matige rente als vergoeding van bewezen diensten, aan een bekende geld voorschiet, omdat in dit geval de uitleener er belang bij heeft de terugbetaling zoo spoedig mogelijk te ontvangen; dat het daarentegen anders is, als de aard der overeenkomst en de omstandigheden waaronder zij werd gesloten, aantoonen dat de tijdsbepaling bedongen is, zoowel in het belang van den schuldenaar als van den schuldeischer.

Dat wanneer een handelsvennootschap, zooals in het onderhavige geval, een beroep doet op het publiek en obligaties uitgeeft, die aflosbaar zijn op een bepaald tijdstip overeenkomstig een uitlotingsplan en rente afwerpen in overeenstemming met het krediet van de vennootschap die het geld opneemt, moet worden aangenomen dat de vennootschap, een tijdsbepaling bedingende, ten doel heeft gehad gedurende den vastgestelden tijd zich het bezit te verzekeren van de kapitalen die zij behoeft, en dat de nemers der obligaties van hunnen kant er op hebben gerekend dat zij, gedurende hetzelfde tijdsverloop, de overeengekomen interest zouden ontvangen en dat hun geen terugbetaling zou kunnen worden gedaan dan onder de voorwaarden, uitgedrukt op het stuk zelve dat hun werd ter hand gesteld.

Het arrest ontwikkelt dit nader, om vervolgens er op te wijzen dat de bedoeling der partijen en in het bijzonder die van de uitleeners, die als obligatiehouders optreden, alleen kan worden opgemaakt uit de bewoordingen der obligatie-bewijzen en uit de bedingen daarop uitgedrukt;

dat deze stukken, bestemd om van hand tot hand te gaan, alle voorwaarden vermelden waaronder ze zijn uitgegeven; dat het stuk aan den houder een vaste rente belooft, onafhankelijk van de schommeling der kapitaalmarkt, gedurende een bepaald aantal jaren; dat het aflosbaar is bij uitloting overeenkomstig een uitlotingsplan op het stuk voorkomende;

dat deze stukken, die de overeenkomst uitmaken tusschen de appelleerende vennootschap en de inschrijvers of houders der obligatiën, tusschen partijen als wet gelden, en dat de bedingen,

---

[1]) Zie *Rechtsgel. Magazijn*, jg. 1888 (VII), bl. 646.

daarin uitgedrukt, niet kunnen worden herroepen dan met wederzijdsche toestemming.

Met het oog op het arrest van 1888 was door de appellante nog aangevoerd, dat de obligaties voor 80°/₀ of 90°/₀ waren uitgegeven, en dat het verschil tusschen dezen prijs van uitgifte en het nominaal bedrag van de obligatie een aflossingspremie zou uitmaken. Het Hof verwerpt dit argument, beslissende dat aflossing voor het nominaal bedrag eene aflossing is a pari, zonder premie.

Uit al deze overwegingen volgt, aldus besluit het arrest, dat de omstandigheden waaronder de onderwerpelijke geldleeningen met het publiek werden gesloten van dien aard zijn, dat moet worden aangenomen, dat de tijdsbepaling is gesteld zoowel in het belang van de Mij die het geld opnam, als van de obligatiehouders.

Het arrest is, met een uitvoerige aanteekening, opgenomen in de *Revue pratique des Sociétés*, onder redactie van A. Nyssens, jg. 1893, bl. 182 v.

In den vorigen jaargang (bl. 626) vermeldden wij een vonnis van de rechtbank te Lyon omtrent de verplichtingen van den spoorwegvervoerder tegenover de reizigers. De Rechtbank van Koophandel van de Seine had insgelijks over die verplichtingen te beslissen bij hare vonnissen van 16 Febr. en 6 Apr. 1893. In beide gevallen werd schadevergoeding wegens vertraging gevorderd. De eerste maal door een reiziger, die, doordat een trein van Asnières naar Parijs 26 minuten te laat aankwam, genoodzaakt was geweest een rijtuig te nemen om een belangrijke samenkomst voor zaken niet te missen.

De *Comp. de l'Ouest*, die in gebreke bleef overmacht aan te toonen, werd veroordeeld tot vergoeding der kosten door den reiziger gemaakt, bedragende frs. 2.—.

In de tweede zaak was de feitelijke toedracht deze: de troep van het *Théatre libre* begaf zich in September jl. van Nîmes naar Toulouse; hij moest aldaar aankomen te 5 uur des avonds, en te acht uur eene voorstelling geven. Te Cette werd de aansluiting gemist, doordat de trein van Nîmes drie kwartier te laat was; de voorstelling kon dientengevolge niet doorgaan.

Tot schadevergoeding aangesproken, werd de Spoorwegmij veroordeeld frs. 1000 te betalen. De rechtbank besliste dat door de afgifte van het plaatskaartje een overeenkomst wordt in het leven geroepen tusschen den reiziger en de Spoorwegmij, die

daarbij op zich neemt de verbintenis om de reizigers te vervoeren naar de aangewezen bestemmingsplaats binnen den tijd aangewezen in de aanplakbiljetten en de reiswijzers. Indien er vertraging is en de Mij overmacht niet kan aantoonen, verkeert zij in wanpraestatie en is zij verplicht de schade, daardoor veroorzaakt, te vergoeden.

Het Duitsche *Reichsgericht* heeft onlangs opnieuw naar Fransch recht de belangrijke vraag moeten beslissen, of het verbod van het onderzoek naar het vaderschap in den weg staat aan eene vordering tot schadevergoeding wegens onrechtmatige daad, door de moeder tegen den vader ingesteld. Eischeresse beweerde, dat gedaagde haar door bedriegelijke middelen tot den bijslaap verleid en een kind bij haar verwekt had; zij vorderde voor zich zelve eene schadevergoeding van M. 3000, verder teruggaaf der kosten van het kraambed, en eindelijk eene maandelijks te betalen som voor opvoedings- en onderhoudskosten van het kind. De rechtbank te Elberfeld achtte den gedaagde verplicht tot schadevergoeding op grond van art. 1382 C.c. Zij meende evenwel, met het oog op art. 340 C.c., den omvang dier vergoeding te moeten beperken tot het vermogensnadeel, hetwelk de eischeres daardoor had geleden, dat haar intiem verkeer met een gehuwden man bekend geworden was, waardoor hare vooruitzichten op een huwelijk en op eene plaatsing als keukenmeid in aanzienlijke gezinnen zeer waren verminderd. Het *Oberlandesgericht* te Keulen vernietigde dit vonnis en wees den eisch, als strijdig met art. 340 C.c., geheel af. Met deze laatste opvatting vereenigde zich het *Reichsgericht*, bij een arrest van 25 October 1892 (*Entscheidungen in Civilsachen*, 30, nr. 91, bl. 311 vlg.), dat des te meer de aandacht verdient, omdat het volkomen afwijkt van de leer, bij verscheidene vroegere arresten door het hooge rechtscollege omhelsd (zie *Rechtsgel. Mag.*, 1887, bl. 637). Het *Reichsgericht* is bij herhaald onderzoek der vraag tot de slotsom gekomen, dat het zijne vroegere zienswijze niet kan volhouden, maar veeleer als de meening der wet moet uitspreken, dat ook in het onderhavige geval van bedriegelijke verleiding den rechter het onderzoek naar het vaderschap verboden is, dat alzoo art. 340 eene algemeene bepaling inhoudt, welke niet mag worden beperkt tot de vaststelling der verwantschap tusschen vader en kind, maar overal moet worden toegepast, waar in een burgerlijk proces het onderzoek naar het vaderschap zou te pas komen, onverschillig met welk doel het zou plaats hebben en door wien de vordering, die aanleiding er

toe gaf, mocht zijn ingesteld. De juistheid der thans gehuldigde opvatting wordt vooral aangetoond uit de wordingsgeschiedenis van art. 340 C.c., gelijk die bij Locré is opgeteekend.

Dat het *Reichsgericht* zich niet bevredigd gevoelt door de bepalingen van den Code, gelijk het meent die te moeten uitleggen, blijkt uit het arrest zelf ten duidelijkste. Overigens wordt nog uitdrukkelijk gezegd, dat de eischeresse bevoegd is, op grond van de beweerde bedriegelijke handelwijze, eene vordering tegen den gedaagde te doen gelden, voorzoover deze uitsluitend steunt op het feit van den bijslaap zonder verband met de daardoor veroorzaakte zwangerschap.

INHOUD VAN BINNEN- EN BUITENLANDSCHE RECHTSGELEERDE TIJDSCHRIFTEN.

Tijdschrift voor Strafrecht, dl. 7, afl. 3/4. — Tieboel van den Ham, strafbedreiging en straftoemeting. — Kleintjes, gratierecht des Konings ten aanzien van bij rechterlijk vonnis in Nederlandsch-Indië veroordeelden. — Domela Nieuwenhuis, een terugblik op den strijd voor de invoering der afzonderlijke opsluiting in Nederland. — Pols, de hervorming van het strafrecht in Frankrijk. — Simons, moord, doodslag of noodweer. — Petit, strafrechtelijke bibliographie (1 Jan.—30 April 1893).

Journal du droit international privé, 20e année. — Nos. 3/4. Lainé, des personnes morales en droit international privé. — Drucker, de la caution *judicatum solvi* en Allemagne. — Pillet, le droit international privé. — Moutier, de la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers, d'après le projet de réforme du Code de procédure civile. — Rossi, exécution des jugements anglais en Italie. — Du droit de reproduction en matière de roman feuilleton. — Nos. 5/6. Lyon-Caen, la convention du 14 oct. 1890 sur le transport international des marchandises par chemins de fer. — Craies, cas intéressants d'extradition en Angleterre pendant les années 1890 à 1892. — de Barandiaran, de la compétence au cas d'abordage entre navires étrangers dans les eaux territoriales d'un Etat étranger. — Dunant, du droit des compositeurs de musique et des auteurs dramatiques étrangers en Suisse.

Zeitschr. f. internationales Privat- u. Strafrecht, Bd. 3, H. 3. — Schanze, Zwangsvollstreckung in österreichische Patente deutscher Schuldner und in deutsche Patente österreichischer Schuldner in Deutschland und Oesterreich. — Inhülsen, die Entwickelung des englischen Auslieferungsrechts. — Roszkowski, über das Wesen und die Organisation der internationalen Staatengemeinschaft. — Gutachten der Berliner Juristen-Fakultät zum Zappa'schen Erbfalle.

The Law Magazine and Review, n°. 288, May 1893. — Dacosta, the Bengal tenancy act. — Stewart, the gradation of punishment. — Rumsey, the new land transfer bill. — The late Stephen Martin Leake. — Williams, the function of evidence in Roman law (I). — Raikes, foreign maritime laws: IV. Scandinavia. — The «Referendum» in Belgium and other continental countries: I. — Gover, current notes on international law.

Zft. f. d. Privat- u. öffentl. Recht d. Gegenwart, Bd. 20, H. 4. — Hussarek, die familienrechtliche Alimentation nach österreich. Rechte (Schluss).

Archiv f. d. civilistische Praxis, Bd. 80, H. 3. — Stampe, die Lehre von der Abtretung der Vindikation. Ein Musterbeispiel für die praktischen Verstösse unserer Wissenschaft und ihre Gründe. — Der Entwurf eines bürg. Gesetzbuchs f. d. deutsche Reich in zweiter Lesung. Fortsetzung. Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse. Siebenter Abschnitt. Einzelne Schuldverhältnisse. Eingesandt von Mandry.

Gerichtssaal, Bd. 48, H. 4/5. — Reichart, der strafbare Bankerott (Schluss). — Thuemmel, Geisteskrankheit, Zurechnung und Entmündigung. — v. Buri, Determinismus und die internationale criminalistische Vereinigung.

Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswissenschaft, Bd. 13, H. 5. — Köbner, die Methode einer wissenschaftlichen Rückfallsstatistik als Grundlage einer Reform der Kriminalstatistik. — Friedberg, dritte Landesversammlung der Internationalen kriminalistischen Vereinigung (Landesgruppe Deutsches Reich).

Archiv f. öffentl. Recht, Bd. 8, H. 1. — Delius, über die Auslieferungspflicht der Niederlande gegenüber Deutschland, unter besonderer Berücksichtigung des Auslieferungsverfahrens sowie der Unterschiede des deutschen und höllandischen Strafrechts. — Rehm, die jüngste Reform des bayerischen Heimatrechts. — Rosenblatt, der Rechtsschutz befreundeter Staaten im österreich. Strafgesetzentwurfe. — Zucker, zur Auslegung der Bestimmungen des österreich. Rechtes über die Immunität der Abgeordneten. — Zeller, das Verwaltungsstreitverfahren im Krankenversicherungsgesetze vom 10. April 1892. — Bokemeyer, der Entwurf eines Reichsgesetzes über das Auswanderungswesen.

Revue sociale et politique, 3e année, n°. 4. — Schaeffle,

le collectivisme, I. — Julin, à propos des salaires et budgets ouvriers en Belgique au mois d'Avril 1891.

Nouvelle Revue historique de droit franç. et étr., 17e année, no. 3. — Lot, la *Vicaria* et le *Vicarius*. — Appert, un Code japonais au VIIIème siècle (II). — Cuënot, de la sentence du juge et de sa réalisation dans l'action *Sacramenti in rem*. — Audibert, l'adrogation et la capitis deminutio. — Trévédy, organisation judiciaire de la Bretagne avant 1790 (addition).

Revue crit. de législation et de jurisprud., 42e année. — No. 3. Examen doctrinal (Wahl, de la jurisprudence en matière de droit fiscal). — Denisse, de la nullité d'une clause actuellement insérée dans les baux à domaine congéable, en Bretagne. — No. 4. Examen doctrinal (Planiol, jurisprudence civile). — Bridel, du droit de la femme mariée sur le produit de son travail. — Surville, aperçu critique sur la loi du 6 février 1893 portant modification au régime de la séparation de corps. — Jacques, de la propriété et des servitudes rurales d'après la loi de 1881 (suite). — No. 5. Examen doctrinal (Lyon-Caen, jurisprudence en matière de droit maritime). — Arthuys, du transport au point de vue international. — Chesney, patrons et ouvriers. Responsabilité quant aux accidents du travail.

Annales de droit commercial, 7e année, no. 3. — Wahl, étude sur l'augmentation du capital dans les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions (suite). — Saleilles, les théories allemandes sur les droits qui, au cas de contrat synallagmatique, appartiennent à la partie poursuivie en paiement lorsque son adversaire, de son côté, n'exécute pas ses engagements (fin). — Chronique de législation etc. (Hanssens, Belgique 1890—92).

Archivio Giuridico, vol. 50. — Fasc. 3/4. Riccobono, la teoria del possesso nel diritto romano. — Pipia, dell' azione del portatore di uno *chèque*, non pagato alla scadenza, verso il trattario nei limiti della provvigione. — Capone, saggio di ricerche sulle vicende della proprietà e sulla origine storica del possesso in Roma (*continua*). — Massa, i contratti in favore o a carico dei terzi secondo il diritto romano (fine). — Buonamici, della riproduzione mediante foto-incisione in rame del MS. fiorentino delle Pandette. — Fasc. 5/6. Costa, il diritto privato nelle comedie di Terenzio. — Capone, saggio di ricerche sulle vicende della proprietà e sulla origine

storica del possesso in Roma (*continua*). — Ferrini, ancora sulle «Presunzioni» in diritto civile. — Lordi, della sequestrabilità dei frutti dotali da parte dei creditori del marito. — Taverni, III° Congresso internazionale per l'antropologia criminale riunito a Bruxelles l'Agosto 1892 (*continua*).

Il diritto commerciale, Vol. 11, fasc. 3. — Bolaffio, le regalie di natura commerciale. — Grego, dell' efficacia delle ipoteche constituite dal fallito sui propri beni contemporaneamente alla concessione del credito. — Giannini, contratto d'assicurazione e prescrizione annale.

The New Jersey Law Journal, Vol. 16. — N°. 5. Notes on the laws of 1893. — Field, mandamus. — N°. 6. Kerr, church pews.

DE VERVANGBAARHEID VAN ZAKEN EN HARE RECHTSGEVOLGEN,

DOOR

Mr. L. Ch. BESIER,

Advocaat en procureur te Utrecht.

II.

In het vorenstaande hebben wij getracht het beeld der vervangbaarheid te schetsen, en een overzicht te geven van de gevallen, waarin zij voorkomt. Vaak was daarbij de verleiding sterk om een zijsprong te maken, en ons te begeven in eene bespreking van hare rechtsgevolgen, doch wij hebben gemeend ons daarvan te moeten onthouden uit vrees van anders, onder den invloed van niet ter zake dienende omstandigheden van elk bijzonder geval, daaromtrent een partijdige uitspraak te zullen doen. Thans echter, nu het materiaal verzameld is, kunnen wij de rechtsgevolgen der vervangbaarheid in het oog vatten.

Wat is, wanneer A. aan B. eene bepaalde zaak levert om die later van hem terug te ontvangen of om die door hem aan C. te doen toekomen, en daarbij bedongen wordt, dat B. zijne praestatie ook zal kunnen uitvoeren met eene andere dergelijke zaak, het rechtsgevolg van dit beding ten aanzien van de geleverde zaak? Wij hebben er reeds op de eerste bladzijde van dit opstel op gedoeld, dat volgens veler meening de debiteur van een aldus vervangbaar gestelde zaak daarvan eigenaar wordt. Hoewel dit stelsel in zijne algemeenheid nergens in onze wet uitdrukking vindt [1]), omhelzen wij het ten volle.

---

[1]) Het mag eenige verwondering baren, dat de wetgever hierover

Tot staving van onze zienswijze zou het sommigen misschien voldoende schijnen, indien wij ons beriepen op art. 2014 B. W. Wij gelooven echter, dat wij ons daardoor wat al te gemakkelijk van de zaak zouden afmaken, eensdeels omdat dit artikel o. i. door den bezitter nooit kan ingeroepen worden tegen den persoon, van wien hij het bezit ontving, anderdeels ook omdat, zooals wij boven zagen, de vervangbaarheid niet absoluut tot roerende goederen beperkt is. Veeleer is onze meening gegrond in den aard zelven der vervangbaarheid. Wanneer het toch den debiteur volkomen vrijstaat voor de ontvangen zaak eene andere, zij het ook

---

niet spreekt. Immers de positie van een schuldeischer, die eigenaar bleef der aan zijn schuldenaar toevertrouwde „gecrediteerde" zaak, is eene gansch andere dan die van hem, die den eigendom overdroeg. Mr. J. A. Levy (*Rekening-courant*, blz. 192 vlg.) zet uiteen, hoe de naam „creditor" oorspronkelijk alleen aan den laatstbedoelde toekwam. Het mutuum, een vrijwillig toevertrouwen van eigen geld of goed, waarvan de eigenaar de vindicatio heeft ingeruild tegen eene condictio, was volgens hem het creditum bij uitnemendheid, a. h. w. het prototype van de verschillende latere vormen van crediet. Doch hij wijst er op, hoe wij reeds in Lex 11 Dig. L, 16 lezen: „Creditorum appellatione non hi tantum accipiuntur, qui pecuniam crediderunt, sed omnes, quibus ex qualibet causa debetur". En zoo werd dan de benaming „creditores" uitgebreid niet alleen tot de schuldeischers uit die overeenkomsten, waarbij — als bij commodatum, depositum, pignus — nog altijd geld of goed aan een ander wordt toevertrouwd, zij het ook, dat de vindicatio niet wordt opgegeven (verg. Lex 24 § 2 Dig. XLII 5: aliud est credere, aliud deponere), maar ook tot allen, die — zooals bv. de verkooper — na uit hun eigen vermogen gepraesteerd te hebben, afwachten, dat de schuldenaar de tegenpraestatie doe uit diens vermogen, welke vorm van crediet de laatste in de rij is, omdat daarbij de gecrediteerde zaak nooit deel uitmaakt van het vermogen van den „crediteur", en er dus van reivindicatio geen sprake is. — Ten onzent heet ook iedere schuldeischer, hetzij hij eene zakelijke of eene persoonlijke actie heeft, „crediteur". De Fransche taal echter bewaarde nog een spoor van het vroegere verschil. Terwijl daar de algemeene naam voor schuldeischer „créancier" is, heet er „créditeur" hij wiens naam op de credit-zijde van een rekening-courant voorkomt, en die dus volgens het boven gestelde schuldeischer is van eene vervangbare zaak. In dien zin wordt in art. 584 C. de C. het woord gebezigd.

eene dergelijke, in de plaats te stellen, dan heeft hij ook over die eerste zaak het meest volledige beschikkingsrecht, en het meest vrije genot daarvan; zijn recht is dus geen ander dan de eigendom. Eigendom toch is volgens art. 625 B. W.: „het recht om van eene zaak het vrij genot te hebben, en daarover op de volstrektste wijze te beschikken"; ergo, waar dit recht bestaat [1]), bestaat eigendom. En dit is hier het geval. Immers hoe de debiteur ook met de zaak handele, of hij haar voor zich behoude, dan wel van de hand doe, of ook vernietige, den crediteur zal dit niet aangaan; deze heeft alle belang bij de zaak verloren; hem is alleen de bevoegdheid gebleven om van den debiteur ter bestemder tijd eene dergelijke zaak te vorderen, welke bevoegdheid niet meer is dan een persoonlijk recht, beschermd door eene persoonlijke actie, en niet door de reivindicatio.

Deze noodzakelijke gevolgtrekking uit de vervangbaarheid wordt echter op verre na niet algemeen toegegeven. O. a. niet door onzen geachten bloedverwant, Mr. P. F. Besier [2]). Hij is van meening, dat eigendomsoverdracht alleen plaats heeft, wanneer een positieve wil daartoe aanwezig is. Wij zijn zoo vrij met den geachten schrijver van meening te verschillen. De rechtsfeiten toch hebben hunne gevolgen, hetzij de personen, die deze feiten hebben daargesteld, zich van die gevolgen rekenschap hebben gegeven of niet. Wanneer iemand zijn huis verkoopt en levert, verliest hij daarvan den eigendom, en kan hij er zich later niet op beroepen, dat hij dit niet bedacht heeft. Zoo is het ook hier. Wanneer partijen het voorwerp hunner rechtshandeling (uitdrukkelijk of stilzwijgend) vervangbaar gesteld hebben, krijgt hij, die

---

[1]) En niet eerst, wanneer van dat recht gebruik gemaakt wordt, zooals ten onrechte is aangenomen in het vonnis van de Rechtbank te Roermond d.d. 29 Dec. 1892 (*W.* 6288) voor een vruchtgebruik verbonden met volledig beschikkingsrecht over de zaak, die daarvan het voorwerp was.

[2]) *Over verduistering van geldsommen*, in *Tijdschrift voor Strafrecht*, dl. VI, blz. 371.

het ontvangt, daarover volledig beschikkingsrecht, d. i. eigendom. Het is dan ook onjuist, wat Mr. Besier zegt, dat in dit geval het contract hetzelfde is als bij niet-vervangbare zaken, en dus ook de gevolgen — in casu geen eigendomsovergang — dezelfde zullen moeten zijn. Juist in de gewilde vervangbaarheid ligt het verschil, dat leidt tot eigendomsovergang, die ook geacht moet worden in den wil van partijen gelegen te hebben, daar zij van de modaliteit, aan hunne overeenkomst toegevoegd, een onvermijdelijk gevolg is, zelfs dan wanneer zij zich daarvan niet duidelijk rekenschap gegeven hebben. Dat verder het feit, dat men voor zijne zaak even gaarne eene andere in de plaats zoude hebben, geen eigendomsverlies medebrengt, zij Mr. Besier gereedelijk toegegeven. Anders wordt de zaak echter, als met dat feit verlies van het feitelijk bezit gepaard gaat. Wanneer dit bezitsverlies een gevolg is van derelictie, zal Mr. Besier met deze stelling wel instemmen; waarom ook niet bij bezitsverlies door levering?

Trouwens het beginsel „eigendomsovergang door vervangbaarheid" moge in zijne algemeenheid in onze wet niet te vinden zijn, het wordt daarin toch volstrekt niet te vergeefs gezocht.

Boven hebben wij gezien, dat de verbruikleening betrekking heeft op vervangbare zaken, en nu bepaalt art. 1792 B. W., dat uit krachte van verbruikleening degene, die ter leen ontvangt, eigenaar wordt van het geleende goed. Het komt ons voor, dat dit argument afdoende is. Ook de uitleener geeft zich misschien bij het vervangbaar stellen der uitgeleende zaak, d. i. bij het stempelen van het aangegane contract tot verbruikleening, niet altijd rekenschap van den eigendomsovergang, die hiervan het gevolg is; toch zal hij volgens art. 1792 zijn eigendom verliezen.

Voor de andere rechtsverhoudingen, waarbij vervangbare zaken in het spel zijn, ontbreekt eene dergelijke bepaling. Doch wij lezen nog in art. 1443 van het Ontwerp B. W. van 1820: „De goederen, op welke het oneigenlijke vrucht-

gebruik gevestigd is, worden de onherroepelijke eigendom van den vruchtgebruiker, die daarover kan beschikken naar welgevallen." De laatste zinsnede is overbodig, doch toont aan, dat ook de samenstellers van het Ontwerp de rechtvaardiging van den eigendomsovergang zochten in dat beschikkingsrecht [1]).

In eenige andere artikelen van onze wetgeving vinden wij voorts indirecte toepassingen van het door ons verdedigde beginsel, evenzoovele bewijzen voor de juistheid van onze meening. Niet ten onrechte spreekt b.v. art. 735 Rv. van beslag onder handen van derden op de gelden en goederen aan den schuldenaar „verschuldigd en toebehoorende", waarbij „verschuldigd" kennelijk terugslaat op de gelden en „toebehoorende" op de goederen. Het was blijkbaar het gevoelen des wetgevers, dat gelden aan iemand verschuldigd, doch zich bevindende in de handen van derden, dien schuldeischer in den regel niet toebehooren, omdat geld in den regel eene vervangbare zaak is.

Art. 240 Kh. kent den commissiegever bij faillissement van den commissionnair een recht van reclame toe op de in commissie gegeven koopmanschappen, die zich nog in natura onder laatstgenoemde bevinden, en dit recht wordt uitgestrekt tot den nog onbetaalden koopprijs van die goederen, indien hij ze reeds aan een derde verkocht en geleverd heeft. Uit dit artikel volgt tweeërlei. In de eerste plaats, dat de commissiegever eigenaar blijft van de in commissie gegeven goederen. De algemeenheid van ons artikel dwingt ons het ook toe te passen, indien het z.g.n. quantiteiten geldt. Trouwens de koopmanschappen, die in commissie gegeven worden, zijn bijna steeds quantiteiten. Het was op grond van dit artikel en van de onafscheidelijkheid van eigendomsovergang en vervangbaarheid, dat wij boven de vervang-

[1]) Dat, niettegenstaande de woorden „alsof men zelf eigenaar daarvan was" in art. 803 B. W., dit beschikkingsrecht niet iederen vruchtgebruiker toekomt, wordt, indien het nog noodig is, aangetoond door Prof. Diephuis, *N. B. R.* (*Systeem*) VII, blz. 125.

baarheid, die anders verbonden is aan de betrekking tusschen lastgever en lasthebber, als het vertrouwen van den eerste gegrond is op de soliditeit van den laatste, niet wilden verbinden aan het commissie-contract [1]). In de tweede plaats echter dient opgemerkt te worden, dat ons artikel, overeenkomstig het beginsel, dat vervangbare zaken het eigendom zijn van dengene, aan wien ze als zoodanig ter hand zijn gesteld, den commissiegever geen recht geeft op den door den derde aan den commissionnair reeds betaalden koopprijs. Deze is dus ten volle eigendom van den commissionnair, eene conclusie, die weder geheel overeenstemt met onze opvattingen betreffende de vervangbaarheid van het geld en hare gevolgen.

Minder gewicht kunnen wij hechten aan art. 1842 B. W., bepalende, dat de lasthebber interessen is verschuldigd voor de sommen, welke hij tot zijn eigen gebruik besteed heeft. Daaruit toch volgt nog niet, dat de lasthebber tot dit gebruik dier sommen ook recht heeft. Het is een bekende zaak, dat reglementeering nog geen wettelijke sanctie is.

Mr. P. F. Besier [2]) merkt terecht op, dat het B. W. de verplichtingen van partijen in civili regelt, wanneer zij voortspruiten uit onrechtmatige, zoowel als wanneer zij voortspruiten uit rechtmatige daden. Die regeling op zich zelf is dus geen bewijs voor de rechtmatigheid. Evenmin echter kunnen wij met Mr. van Ittersum [3]) in die ver-

---

[1]) En evenmin aan de overeenkomst tusschen patroon en makelaar. Hier geldt art. 240 niet, doch eene andere redeneering. Daar de makelaar met derden handelt op naam van zijn patroon, is het duidelijk, dat de goederen, welke het voorwerp van die handelingen zijn, des makelaars eigendom niet worden. Is het nu juist, dat vervangbaarheid noodzakelijk eigendomsovergang medebrengt, dan is er ook geen vervangbaarheid waar, als hier, die eigendomsovergang niet plaats vindt.

[2]) T. a. p. blz. 370.

[3]) *Tijdschr. v. Sr.*, V blz. 338. — Onjuist achten wij ook Mr. van Ittersum's meening, dat de lasthebber van de sommen, welke hij ontvangt, vóórdat hij ze tot volvoering van den last kan gebruiken, of overhoudt, terwijl hij nog niet in de gelegenheid is ze terug te geven, bewaar-

plichting tot betaling van interessen van het oogenblik af, dat de sommen door den lasthebber voor zijn eigen gebruik besteed werden, eene strafbepaling zien op diens plichtverzuim, een bepaling dus strekkende tot bevestiging van des geachten schrijvers gevoelen, dat de gelden, die de lasthebber onder zich krijgt, zijn eigendom niet worden. Het kan toch niet een straf geacht worden, dat de lasthebber, die gelegenheid krijgt gelden, waarvan hij verantwoording schuldig is, ten eigen bate te gebruiken, daarvoor renten uitkeert aan den persoon, die door die terhandstelling hem tot dit onverwachte voordeel in staat stelde. Wij zien derhalve in art. 1842 niets dan een billijkheidsvoorschrift, dat noch onze meening steunt, noch met deze strijdt.

Daarentegen bevat onze wetgeving eenige andere artikelen, die bij den eersten oogopslag wel daarmede schijnen te strijden. Volledigheidshalve willen wij de argumenten, die hieruit zouden kunnen geput worden, te dezer plaatse weerleggen. Want bij nader onderzoek zal blijken, dat die artikelen niets bevatten, wat met onze opvatting in strijd is.

Alleen pro memorie vermelden wij art. 1420 al. 2 B. W. Weliswaar bespreekt dit artikel het geval, dat een verbruikbare zaak of een geldsom door een niet-eigenaar in betaling gegeven wordt, en veronderstelt het dus, dat het bezit daarvan den eigendom nog niet medebrengt, doch het is in het eerste deel van ons opstel reeds genoegzaam gebleken, dat er zeer veel gevallen voorkomen, waarin verbruikbare zaken en zelfs geld niet vervangbaar zijn, en op deze gevallen is dan ook naar onze meening de onderhavige bepaling alleen toepasselijk.

Ernstiger bezwaren ontmoeten wij bij artt. 110 en 226 Kh. Art. 110 al. 2 bepaalt, dat indien een geprotesteerde wisselbrief niet is geaccepteerd, het verstrekte fonds bij

---

nemer is of wordt. Immers wat in deze gevallen geschiedt, kan nooit gebracht worden onder de definitie van bewaargeving, in art. 1731 B. W. gegeven.

faillissement van den trekker aan diens boedel behoort. Nu zou men aldus kunnen redeneeren: Het fonds zal in de meeste gevallen door den trekker, die het verstrekt, wel als vervangbaar zijn gedacht. Desniettemin blijft hij daarvan, blijkens deze bepaling, tot aan de acceptatie eigenaar. Men is het er echter tegenwoordig vrijwel over eens, dat in bedoelde alinea de woorden „behooren aan diens boedel" in verband met al. 1 niet in dien zin te verstaan zijn, dat het fonds eigendom is van den trekker, doch dat het bij zijn faillissement vóór de acceptatie aan hem en niet aan den houder van den wissel moet worden uitbetaald [1]). Dit blijkt ook uit al. 3: In geval van acceptatie *blijft* het fonds aan den betrokkene; deze was daarvan dus reeds eigenaar. En hiermede vervalt het argument, dat uit dit artikel zou kunnen worden geput. Terloops zij hier opgemerkt, dat eveneens — wat overigens aangevoerd worde ter bestrijding van de oude leer, dat het endossement is eene eigendomsoverdracht van het fonds — deze leer reeds daarvoor moet zwichten, dat de trekker reeds vóór het endossement daarvan den eigendom verloren heeft.

Art. 226 al. 2 spreekt van „penningen welke de kassier van den failliet (in casu zijn patroon) in handen heeft". Is dus dit geld geen eigendom van den kassier geworden, maar aan den patroon verbleven? Wij antwoorden, dat onze wetgever den kassier, blijkens art. 74 Kh., heeft beschouwd als bewaarnemer van het hem toevertrouwde geld en derhalve dit geld als niet-vervangbaar, zoodat art. 226 met de rechtsgevolgen der vervangbaarheid niet in strijd is. Doch de hedendaagsche kassiers vatten hun beroep niet meer op deze wijze op; zij ontvangen geen gelden meer om die in natura terug te geven, doch storten die in eigen kas over en betalen daarvoor dan ook rente [2]), zoodat hun

---

[1]) Holtius, *Voorlezingen over Handels- en Zeerecht*, I, blz. 500.

[2]) Kist, *Beginselen van Handelsrecht*, I, blz. 148. Reeds onder het Romeinsche recht waren er kassiers, die zoo handelden. In dit geval verloor de patroon zijn eigendomsrecht („a ceteris creditoribus non

patroon daarvan den eigendom verliest, en zijne crediteuren daarop geen recht meer schijnen te kunnen doen gelden. Doch ook in dit geval kan het in art. 226 Kh. aan de houders van kassiersbriefjes geschonken voorrecht blijven bestaan. Alleen zijn daaraan dan niet onderworpen de penningen, welke bij den kassier berusten, doch die, welke hij aan den curator van zijn gefailleerden patroon zal uitbetalen.

Hiermede zijn de argumenten vóór en tegen de leer, dat vervangbaarheid eigendomsoverdracht in zich sluit, vrijwel uitgeput, althans wat betreft de directe bestrijding daarvan. Eenige onzer tegenstanders echter gaan een eindweegs met ons mede, doch om ons in den steek te laten, waar het terrein gevaarlijk begint te worden. Over deze nog een woord. Sommigen dan erkennen den eigendomsovergang bij overdracht van vervangbare zaken, maar slechts als eene voorwaardelijke, zoodat hij, die de praestatie doet, zich wel met de teruggave in genere wil tevreden stellen, doch alleen zoolang de ontvanger tot teruggave in staat is. Deze mag zich dan alleen als eigenaar gedragen, indien hij weet, dat hij desniettemin in staat blijft om zijne verplichtingen na te komen [1]). Tot verdediging van deze leer wordt alleen aangevoerd, dat de oorspronkelijke eigenaar, ingeval de ontvanger niet meer in staat is tot teruggave in genere, niet gewenscht kan hebben, dat deze over de ontvangen voorwerpen zou beschikken, aangezien dit met zijn — des eigenaars — belang in strijd zou zijn. En wij geven gaarne

separantur"). In het andere geval behield hij het en kon dus het geld vindiceeren, ja was zelfs, als het geld door den kassier was uitgegeven, na de andere privilegiën bevoorrecht. Zie Lex 24 § 2 Dig. XLII, 5.

[1]) Zoo o.a. Merkel in Holtzendorff's *Handbuch des D. Strafrechts*, blz. 704. Verduistering van res fungibiles kan n.l. volgens hem (behalve in één geval, waarin de z.g.n. res fungibiles door individualisatie hunne vervangbaarheid in waarheid verloren hebben) dan plaats hebben „wenn nach Lage der Umstände *zur Zeit der Handlung* diese die Sicherheit des Berechtigten in Frage stellen — vorausgesetzt, dass nicht nach der Natur des Geschäfts oder ausdrücklicher Verabredung die Verpflichtung bloss auf Erstattung in genere geht".

toe, dat zulk eene beschikking voor den vorigen eigenaar zeer ongewenscht is, doch het is de vraag niet, wat hij op *dat* oogenblik wenscht, maar wat hij heeft gewild op het oogenblik der overgave, toen over de al- of niet-vervangbaarheid beslist werd, en dat hij op *dit* oogenblik werkelijk zou bedoëld hebben, dat de eigendom door hem met de eene hand gegeven, later met de andere zou teruggenomen worden, om straks, als de ontvanger weder solvent werd, misschien wederom te worden afgestaan, schijnt vrij onwaarschijnlijk. Wij achten daarom deze leer alleen opgesteld pour le besoin de la cause, om n.l. den eigenaar aan de schadelijke gevolgen van zulk een eigendomsovergang te onttrekken.

Vroeger werd omtrent eigendomsoverdracht als rechtsgevolg van de vervangbaarheid nog eene andere leer verkondigd, welke heden ten dage weliswaar algemeen wordt verworpen, doch waarvan men toch hier en daar nog sporen vindt. In de vorige eeuw toch kwam Salmasius voor den dag met het gevoelen, dat in geval van verbruikleen de uitleener wel den eigendom verloor van de zaken, waaruit de geleende som of hoeveelheid was samengesteld, maar toch eigenaar bleef van die som of hoeveelheid, „indeterminate et abstrahendo a corporibus" beschouwd. Deze leer, die eenige overeenkomst vertoont met die van den voorwaardelijken eigendomsovergang, althans in zooverre, dat bij beide de leener zich slechts dan als eigenaar gedragen mag, wanneer hij steeds de verschuldigde som of hoeveelheid voor den uitleener beschikbaar houdt, is echter reeds door Pothier weerlegd. Hij merkt op, dat daarin zakelijk en persoonlijk recht verward worden. En terecht. Voorwerp van een zakelijk recht kunnen alleen individueel bepaalde zaken zijn, daar immers een zakelijk recht bestaat in heerschappij over eene zaak, en dus onmiddellijk op die zaak zelve betrekking heeft. Zoolang de zaak nog niet individueel bepaald is, hetzij door levering, hetzij door de verklaring van den schuldenaar, dat hij *deze* zaak en niet eene andere

zal leveren, kan er wel een persoonlijk recht van den schuldeischer bestaan, daar het voorwerp daarvan in de eerste plaats slechts een handeling van den schuldenaar, eene praestatie is, doch geen zakelijk recht, dat ondenkbaar is zonder eene bepaalde zaak, waaraan het is verbonden. Zoo kan een bepaalde stapel rijksdaalders iemands eigendom zijn, maar niet een daarmede overeenkomend bedrag uit het vermogen van een ander. Dit bewijst ook art. 771 al. 3 Kh., waar gesproken wordt van de rechtsvordering, waarbij een *zeker en bepaald* voorwerp als eigendom wordt gereclameerd. De vervangbaarheid heeft derhalve alleen betrekking op persoonlijke, niet op zakelijke verplichtingen [1]).

Wij zeiden, dat van de onjuiste leer van Salmasius nog heden sporen gevonden worden. Zoo o. a. in de conclusie van het O. M., voorafgaande aan een arrest van den H. R. van 20 April 1891 [2]) (waarover nader), waarin werd beweerd, dat de verzekering-Mij., die haren agent gelden ter uitbetaling toezond, zonder de bedoeling, dat juist met de toegezonden muntbiljetten zou betaald worden, desniettemin eigenares bleef van het daardoor vertegenwoordigd *bedrag*, en dat dus de agent, die gelden niet uitbetalende, zich eens anders goed toeëigende en viel onder art. 321 Sr. En mogen wij hierin misschien een los daarheengeworpen woord zien, meer verwondering mag het baren deze leer den grondslag te zien uitmaken van een arrest van het Hof te Amsterdam dd. 24 Februari 1891 [3]). Hierin wordt overwogen: dat er geen bezwaar is, om de mogelijkheid aan te nemen van den eigendom van een zeker geldelijk bedrag, mits maar het bedrag, vertegenwoordigd door een bepaalde geldsom, wordt belichaamd door muntspeciën of geldswaardig papier, en op die wijze de eigendom, *ofschoon individueel niet ten volle begrensd*, echter niet van een tastbaren

[1]) Zoo ook Diephuis, *N. B. R.* (*Systeem*) I blz. 485, II blz. 16 en XII blz. 214.

[2]) *W.* 6030.

[3]) *P. v. J.* 1891, n°. 25.

vorm is ontbloot, gelijk zulks bij bedragen, vertegenwoordigd door boekposten, saldo's van rekening-courant of wel eenvoudige pretentiën het geval zou zijn. Wij gelooven niet, dat het Hof zich de vraag met genoegzame helderheid voorstelde, doch dat het zich veeleer met een zekeren omhaal van woorden wat trachtte diets te maken. Het gevoelde wel, dat de eigendom van een „bedrag" op zich zelfs iets onbestaanbaars is, en pas mogelijk wordt na de „belichaming" daarvan in specie, maar vergat, dat door die operatie het begrip van abstract „bedrag" verloren gaat, zoodat wat van zulk een „belichaamd bedrag" bewezen wordt niet concludent is, waar het geldt de mogelijkheid te bewijzen van den eigendom van een bedrag abstract beschouwd. Van tweeën één, òf men heeft bepaalde geldstukken te vorderen en dan met eene zakelijke actie, òf alleen een zeker aantal van die geldstukken uit den buidel van zijn schuldenaar, en dan met eene persoonlijke actie. Wat daartusschen ligt dankt zijn oorsprong aan min heldere voorstelling der feiten en is dus uit den booze.

Onze zienswijze hieromtrent voert ons terug tot Opzoomer's reeds boven door ons besproken opvatting van art. 1793 B. W. [1]). Wij hebben gezien, dat hij dit artikel aldus uitlegde, alsof in het hierin behandelde geval geene verbruikleening van geld*stukken* doch bruikleening van een geld*som* plaats had. En wij hebben getracht aan te toonen, dat die opvatting geen steun vond in de woorden van het artikel. Wij kunnen er nu aan toevoegen, dat zij ook in strijd is met de rechtsbeginselen, die het onderscheid tusschen zakelijk en persoonlijk recht beheerschen. Immers, daar de uitleener bij bruikleening eigenaar blijft der uitgeleende zaak, zou hij hier eigenaar zijn van een onbepaald geldelijk bedrag, hetgeen onmogelijk is.

Onze conclusie uit al het bovenstaande is derhalve, dat het toevertrouwen aan een ander van eene zaak, die ver-

---

[1]) T. a. p., X blz. 199, speciaal noot 2.

vangbaar gesteld wordt, eigendomsovergang medebrengt. Derhalve zijn de quasi-usufructuarius, de verbruikleener en de lasthebber, wien eene vervangbare zaak werd toevertrouwd, eigenaars van de zaken, welke zij van hunne mede-contractanten ontvingen. Voor den quasi-usufructuarius leidt deze beschouwing tot het belangrijke resultaat, dat derhalve zijn recht niet is een jus in re aliena, zooals het gewone vruchtgebruik.

Dat derhalve een usufructus van dergelijke zaken iets zeer buitengewoons, eigenlijk juridisch een enormiteit is, kunnen wij reeds in de Instituten lezen. Hier vinden wij toch in den titel „de Usufructu" § 2: „Nam hae res (n.l. quae ipso usu consumuntur) neque naturali ratione, neque civili recipiunt usumfructum..... Sed utilitatis causa senatus censuit posse etiam earum rerum usumfructum constitui, ut tamen eo nomine heredi utiliter caveatur. (De oorsprong van het oneigenlijk vruchtgebruik ligt n.l. in het vruchtgebruik eener geheele nalatenschap, die natuurlijk ook verbruikbare zaken kon omvatten.) .... *Ergo senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum, nec enim poterat, sed per cautionem quasi usumfructum constituit.*" Onze wetgever behandelt de zaak echter als iets zeer gewoons, en stelt het in artikel 804 voor, alsof niet in dit vruchtgebruik zelf iets eigenaardigs lag, doch alleen in de wijze, waarop het voorwerp daarvan teruggegeven wordt. Dit moge nog juist zijn voor bloot vervangbare zaken, die immers juist vervangbaar zijn, omdat zij niet in natura teruggegeven behoeven te worden; dat het geheele instituut eigenlijk eene anomalie is [1]), blijkt, wanneer verbruikbare zaken voorwerp van het quasi-ususfruct zijn. Daar toch bij deze gebruik zonder verbruiking onmogelijk is, *kunnen* zij zelfs bij het einde van het vruchtgebruik niet in natura gerestitueerd worden.

---

[1]) Zie ook Opzoomer, t. a. p. IV blz. 43 vlg. Laurent, t. a. p. VI blz. 513. Diephuis, *N B. R.* (*Systeem*) IV blz. 128. Anders in zijn eerste werk, *N. B. R.* IV blz. 9 vlg.

Hoe het zij, de wet noemt deze instelling nu eenmaal een vruchtgebruik; dit mag ons natuurlijk niet weerhouden den z.g.n. vruchtgebruiker als eigenaar te erkennen, doch moet ons alleen er toe leiden, de met dit eigendomsrecht niet strijdige bepalingen uit den titel „van het vruchtgebruik" op hem toe te passen. En in de talrijke artikelen, waarin onze wetgever den in-vruchtgebruik-gever bestempelt met den naam van eigenaar, zullen wij dan ook het best doen met aan te nemen, dat hij slechts dat leelijke woord heeft willen vermijden, of alleen heeft acht geslagen op id quod plerumque fit: het gewone vruchtgebruik.

Onze beschouwing van het oneigenlijk vruchtgebruik brengt, zooals terecht is opgemerkt, mede, dat dit rechtsinstituut in waarheid veel meer in het derde dan in het tweede boek van het B. W. te huis behoort. Om de groote uiterlijke analogie met het gewone vruchtgebruik wordt het echter daarmede in één titel behandeld, en door dezelfde bepalingen beheerscht. Daardoor onderscheidt het zich ook van de verbruikleening, waarop andere bepalingen toepasselijk zijn. Zoo zal bv. de verbruikleener geen zekerheid behoeven te stellen, de oneigenlijke vruchtgebruiker wel, etc.

De eigendomsovergang bij den quasi-ususfructus en de andere behandelde rechtsverhoudingen resulteerde uit de vervangbaarheid. Waar deze ontbreekt, heeft die eigendomsovergang dan ook niet plaats. Dus kan zich daarop de pandhouder nooit beroepen [1]), en evenmin de bewaarnemer, omdat bij deze beiden geen vervangbaarheid bestaat. Ware het anders, dan zou ook hier eigendomsovergang plaats hebben. Inconsequent schijnt ons daarom Mr. Simons, die, zooals wij bij de behandeling van de bewaarneming zagen, het geld, wanneer het voorwerp is van deze overeenkomst, ver-

[1]) Dat de geldnemer bij prolongatie eigenaar is der in prolongatie bij den geldgever berustende effecten, is zelfs voor het geval, dat de geldgever die zelf voor den geldnemer gekocht had, om tot surplus te strekken, uitgemaakt door het hof van N.-Holland, 19 Maart 1874, *W.* 3720.

vangbaar acht, maar die toch, zoolang de bewaarnemer van zijn beschikkingsrecht geen gebruik maakt, den bewaargever de reivindicatie toekent. Wij zijn het met hem eens, dat den bewaargever dit rechtsmiddel toekomt; echter niet trots de vervangbaarheid van het geld, maar omdat het in casu niet-vervangbaar is.

Voordat wij van den eigendomsovergang als eerste en belangrijkste rechtsgevolg der vervangbaarheid afstappen, hebben wij nog na te gaan, welke houding de Nederlandsche jurisprudentie daartegen over heeft aangenomen. Reeds noemden wij enkele vonnissen; thans volge nog de behandeling van eenige belangrijke uitspraken, bijna alle betrekking hebbende op de vraag, of lasthebbers, die de hun toevertrouwde goederen niet verantwoordden, strafbaar waren wegens verduistering, dan wel op grond van de vervangbaarheid dier goederen en hun daaruit voortvloeienden overgang in den eigendom van de beklaagden, behoorden te worden vrijgesproken. Omtrent dit onderdeel van de quaestie ontwikkelde zich in de laatste jaren eene vrij uitgebreide jurisprudentie, die over het algemeen aan de door ons voorgestane oplossing vijandig is. Het eerst werd dit geschilpunt opgeworpen door Mr. Simons voor de Tielsche Rechtbank. Het betrof de niet-verantwoording door een notaris van de gelden, welke hij van zijn cliënt ontvangen had. De Rechtbank besliste bij vonnis van 22 December 1887 [1]), niettegenstaande het beroep door Mr. Simons als advocaat van den beklaagde gedaan op den overgang in diens eigendom van de door hem ontvangen gelden, dat deze zich schuldig had gemaakt aan verduistering. Wij kunnen volstaan met de vermelding van dit vonnis pro memorie, daar het zeer mager is gemotiveerd, en door Mr. Simons zelven [2]) op afdoende wijze weerlegd. Dezelfde vraag, wederom met betrekking tot een notaris, kwam ter sprake in het geding, dat besloten werd

---

1) *P. v. J.* 1888, n°. 1.

2) *Tijdschrift voor Strafrecht*, t. a. p. blz. 289.

door het arrest van het Hof van Amsterdam d.d. 24 Februari 1891 [1]). Ook hier volgde veroordeeling, waarbij echter in aanmerking genomen moet worden, dat de beklaagde bekend had, dat de hem toevertrouwde gelden hem waren ter hand gesteld om d a a r m e d e betalingen te doen.

Een interessant geval werd door den Hoogen Raad beslist bij arrest van 20 April 1891 [2]), bevestigend de uitspraken van het Hof en de Rechtbank te 's Hertogenbosch. Interessant o. a. daarom, omdat de beklaagde in deze zaak, die agent was eener levensverzekering-maatschappij, en eenige hem door die maatschappij ter uitkeering aan een der verzekeringbeurders toegezonden bank- en muntbiljetten ten eigen bate had aangewend, zich beroepen had op eene verhouding van rekening-courant tusschen hem en de maatschappij bestaande. De Hooge Raad liet deze verdediging echter geheel ter zijde, overwegende: „dat waar.... niet blijkt, dat de toezending geschied is met de bedoeling, dat de agent die gelden in zijn kas zou storten, en daarvan rekening en verantwoording doen, deze verplicht was het ontvangene namens de maatschappij uit te betalen, en dat, zoo het den requirant al vrijstond die uitbetaling te doen met ander geldswaardig papier of muntspeciën, die gelden zijn eigendom niet zijn geworden, doch hij er slechts houder van was", op grond waarvan dan ook eene schuldigverklaring aan verduistering volgde. Wij voor ons zouden meenen, dat het ontbreken der bedoeling, dat de agent de gelden in eigen kas zou storten, slecht te rijmen is met diens bevoegdheid om de uitbetaling ook te doen in andere gelden.

Toevallig had kort te voren (28 Mei 1890) de Rechtbank te Roermond uitspraak gedaan over eene geheel analoge zaak [3]). Een agent eener levensverzekering-maatschappij had

---

[1]) *P. v. J.* 1891, n°. 25.

[2]) *W.* 6030. De conclusie van het O. M. werd reeds boven met een enkel woord besproken.

[3]) *Tijdschrift voor Strafrecht* 1890, blz. 506.

een bedrag, hetwelk hij aan een verzekeringbeurder moest uitkeeren, en daartoe voor de Mij. ontvangen had, niet uitgekeerd, en toch in het debet der Mij. gebracht. De Rechtbank overwoog, dat de Mij. geen eigenares werd der gelden, die de agent voor haar beurde, daar hij niet verplicht was die in dezelfde muntspecie te bewaren. Daarenboven was er volgens de beslissing der Rechtbank in dit geval geen plaats voor de meening, dat de beklaagde tot de beschikking onbevoegd was geworden, zoodra hij niet meer in staat was uit eigen middelen een gelijk bedrag aan de Mij. te betalen, want, dat hij daartoe in casu steeds in staat was geweest, had de beklaagde met de daad bewezen. Derhalve volgde vrijspraak. Misschien was er in dit geval meer aanleiding geweest tot eene vervolging wegens valschheid in geschrift of wegens poging tot oplichting dan wegens verduistering.

Belangrijk voor de door ons behandelde materie is nog een vonnis van de Rechtbank te Alkmaar dd. 26 Maart 1889 [1]). Terecht stond iemand, die voor zekeren H. kaas had verkocht, het daarvoor ontvangen bankbiljet had gewisseld en het kleinere geld, dat hij ervoor kreeg, ten eigen bate had aangewend. De Rechtbank besliste in haar vonnis o. a.: „dat hetzij de beklaagde op de markt te Bodegraven heeft gehandeld op eigen naam, hetzij op naam van getuige H., in ieder geval de ontvangen koopsom was het eigendom van zijn lastgever".

Deze jurisprudentie is echter, gelijk wij reeds in den aanvang van dit opstel zagen, door den Hoogen Raad gedesavoueerd in zijn arrest van 24 October 1892 [2]). Het gold daarbij een geheel analoog geval.

Een commissionnair was schuldig verklaard aan verduistering, op grond dat hij de opbrengst van hem ter verzilvering ter hand gestelde coupons, in plaats van die uit te keeren aan zijn patroon, had gebruikt om daarmede een

[1]) *W.* 5707.
[2]) *W.* 6260.

zijner schuldeischers te voldoen. Van deze beslissing kwam hij in cassatie, en voerde als middel o. a. aan: schending van art. 321 Sr. De Advocaat-Generaal vatte dit middel in zijne conclusie onjuist op: dat het niet verantwoorde geld, al was het vervangbaar, wel viel onder de uitdrukking „eenig goed" in art. 321, zooals hij aanvoerde, werd niet betwist, maar wel was de vraag of dat vervangbare geld was „goed, dat geheel of ten deele aan een ander toebehoort", en of dus de toeëigening eene wederrechtelijke was. De Hooge Raad zag in, dat het deze vraag was, waarop het aankwam, en overwoog daaromtrent:

„dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord, vermits de requirant rechtmatige eigenaar werd van het geld of geldswaardig papier, als opbrengst der coupons op zijn last en voor zijne rekening aan de firma S. en P. verkocht, behoudens zijn contractueele verplichting tegenover zijn lastgever, om aan dezen den voor de coupons gemaakten prijs te verantwoorden;

dat hieruit volgt, dat de opbrengst der coupons niet was eens anders goed, en mitsdien ook van wederrechtelijke toeëigening van dit goed te deze geen sprake kan zijn, zoodat art. 321 Sr. op de bewezen feiten niet van toepassing is".

Het is jammer, dat deze o. i. de jure constituto ontwijfelbaar juiste uitspraak niet wat breeder gemotiveerd is. Want wij vernemen volstrekt niet op welke gronden de Hooge Raad de eigendomsverkrijging bij den commissionnair aannam. Deze had zich beroepen op eene betrekking van rekening-courant, waarin hij tot den commissiegever stond, doch dit beroep was door de feitelijke beslissing van het arrest a quo, hetwelk deze verhouding niet aanwezig achtte, van zijn grondslag beroofd. Misschien vond de Hooge Raad wel zijn motief voor den eigendomsovergang buiten alle vervangbaarheid om in het feit, dat een commissionnair met derden in eigen naam handelt [1]), doch dit is onwaar-

---

[1]) Zoo Holtius, t. a. p. I, blz. 201. Zie dit gevoelen bestreden bij

schijnlijk, want dan had van een te dezen in eigen naam handelen in het arrest melding gemaakt moeten zijn, hetgeen het geval niet is, al blijkt daaruit ook, dat de requirant commissionnair van beroep was. Het motief moet dus in de vervangbaarheid liggen. Misschien was de Hooge Raad van meening, dat alle geld en geldswaardig papier van nature vervangbaar is, en grondde hij daarop de beslissing. Misschien ook achtte hij het geld vervangbaar, omdat het niet als den wil van den commissionnair noch als dien van den derde, met wien gene handelt, beschouwd kan worden, dat eerstgenoemde aan zijn patroon juist de ontvangen geldstukken uitkeert. Met dit motief zouden wij ons vereenigen. Mogelijk echter ook beschouwde de Hooge Raad reeds de ter hand gestelde coupons als vervangbaar, en mitsdien als eigendom van den commissionnair, zoodat de opbrengst daarvan reeds om deze reden zijn eigendom werd. De onzekerheid, waarin wij hier verkeeren, ontneemt aan dit belangrijk arrest wel eenigszins de waarde, die het anders zou hebben als middel tot grondvesting eener vaste jurisprudentie voor de lagere rechtscolleges, hetgeen anders bij de gebleken verscheidenheid hunner uitspraken wel wenschelijk zou geweest zijn.

Anders zou dan wellicht de uitspraak geluid hebben van de Rechtbank te Leeuwarden in de zaak, die beslecht werd door haar vonnis van 15 December 1892 [1]). Deze zaak was bij uitzondering eene civiele; het betrof de teruggave aan de Friesche Handelsbank van gelden, die door haar waren toevertrouwd aan een harer agenten. Deze was overleden en de erfenis beneficiair aanvaard; de erfgenamen hadden dus groot belang bij de vraag, of de overledene van die

---

Kist, t. a. p. III blz. 81, en door den Hoogen Raad verworpen in zijn arrest van 5 April 1889 *W.* 5698. De vervangbaarheid wordt als oorzaak van den eigendomsovergang door Holtius noch door Kist ter sprake gebracht; zij spreken alleen over het handelen in naam van den lastgever.

[1]) *W.* 6332.

toevertrouwde gelden eigenaar was geweest. De bank eischte die met eene revindicatie van hen op; zij verzuimde echter te stellen, welke stukken geld door haar werden opgeëischt, doch vergenoegde zich met zich als eigenares van het verschuldigd *bedrag* voor te doen. Dat de Rechtbank niettegenstaande deze judicieele houding der eischeres de vordering toewees, is ons eerste bezwaar tegen het vonnis. Maar bovendien pleitten twee omstandigheden vóór het eigendomsrecht van den auteur der gedaagden. In de eerste plaats, dat hij de gelden niet in eene afzonderlijke kas bewaard had, maar ze in zijn eigen kas had overgestort, waaruit blijkt, dat zijn wil op de vervangbaarheid gericht geweest was. De eischers stelden wel, dat hij die gelden afzonderlijk had moeten houden (en dat dus *hun* wil niet op vervangbaarheid gericht geweest was), doch bewezen dit niet. In de tweede plaats had de auteur der gedaagden van de eischeres voor zijne bemoeiingen provisie genoten, en kwam hem dus zeker een aandeel in het geld, dat hij onder zich had, toe. Dat deze omstandigheid vervangbaarheid medebrengt is boven aangetoond. De Rechtbank stelde haar echter ter zijde, door te overwegen, dat die provisie niet uit de van de bank ontvangen kas placht genomen te worden, eene overweging in jure, die ons echter voorkomt niet voldoende door de overwegingen in facto gesteund te worden. Om al deze redenen kunnen wij ons met het bedoelde vonnis zeer weinig vereenigen.

Hiermede hebben wij de behandeling ten einde gebracht van het eerste en voornaamste rechtsgevolg der vervangbaarheid, den overgang der vervangbare zaak in den eigendom van den persoon, aan wien zij wordt toevertrouwd. Nog slechts een kort woord over de verdere rechtsgevolgen, die aan dit eerste ondergeschikt zijn, daaruit voortvloeien, en het practisch belang daarvan duidelijk doen uitkomen.

In de eerste plaats dan volgt uit het bovengestelde, dat hij, aan wien eene vervangbare zaak verschuldigd is, tegen den schuldenaar alleen eene persoonlijke actie heeft, en dat hij op dergelijke zaken, in diens vermogen aanwezig,

geen revindicatoir beslag kan leggen, doch hem alleen een conservatoir beslag vrijstaat. Vooral in geval van faillissement van den debiteur komt de positie van den crediteur van vervangbare zaken scherp uit. Daar hij alleen een persoonlijke actie heeft, die zich, wanneer het andere zaken dan geld betreft, bij niet-nakoming oplost in eene tot vergoeding van kosten, schaden en interessen, is hij in dat geval ook slechts concurrent schuldeischer, en verschilt zijne positie in niets van die van zulke schuldeischers, aan wie de gefailleerde uit koopcontract of anderszins van den beginne af een geldsom schuldig was.

Het is er verre van daan, dat de overgang der vervangbare zaak in den eigendom van den debiteur voor den crediteur steeds een nadeel zou zijn. Niet alleen toch weegt tegen dit eigendomsrecht natuurlijk steeds de (persoonlijke) verplichting van den debiteur jegens dezen op, doch zijne positie blijkt bepaald voordeelig, wanneer de vervangbare zaak te niet gaat. De debiteur is dan niet, gelijk wanneer hij eene onvervangbare zaak schuldig was, ontslagen, doch voor hem geldt als onvermijdelijk gevolg van den eigendomsovergang de regel „res perit domino", zooals dan ook art. 1792 B. W. voor het geval van verbruikleening bepaalt. De debiteur draagt dus de schade van het te niet gaan der vervangbare zaak; zoolang er nog dergelijke zaken als hij ontving te krijgen zijn, zal hij daarmede den crediteur moeten voldoen, en dit zal wel steeds het geval zijn, want „genus non perit".

Hier komt — het zij terloops opgemerkt — opnieuw voor den dag, hoe weinig het z.g.n. oneigenlijke vruchtgebruik innerlijk met het gewone vruchtgebruik overeenkomt. Het is een der eerste beginselen van het vruchtgebruik, dat het eindigt door den geheelen ondergang der zaak, waarop het is gevestigd (art. 854 6° B. W.). Uit het bovenstaande blijkt echter, dat dit beginsel op het oneigenlijke vruchtgebruik geene toepassing kan vinden.

Men heeft wel eens gevraagd, of verhuring van vervang-

bare zaken bestaanbaar was [1]). Als derde gevolgtrekking uit den door ons besproken eigendomsovergang kunnen wij deze vraag ontkennend beantwoorden. Een huurovereenkomst toch, waarbij de huurder tevens eigenaar werd, zou met zich zelve in tegenspraak zijn, terwijl wij hier niet als bij het vruchtgebruik, waarvan eigenlijk hetzelfde geldt, een artikel 804 in de wet hebben om dit bezwaar goed te praten. Eene overeenkomst als hier bedoeld zou hoogstens als eene verbruikleening beschouwd kunnen worden. Intusschen moet eene uitzondering gemaakt worden voor het geval, dat de vervangbare zaak niet het hoofdvoorwerp der overeenkomst was. Zoo is b.v. denkbaar de verhuring van eene boerderij met den daarop in de mestvaalt zich bevindenden mest als vervangbare zaak. De huurder, die bij het einde van den huurtijd anderen mest in dezelfde hoeveelheid weer moet opleveren, wordt van den ontvangen mest eigenaar.

Dit wat de privaatrechtelijke gevolgen van den eigendomsovergang door vervangbaarheid betreft. Keeren wij thans terug op strafrechtelijk gebied, waar ook het uitgangspunt van dit opstel gelegen was. Wij ontveinzen ons niet, dat de gevolgen, die ons beginsel hier heeft, niet tot aanbeveling daarvan strekken.

Zal niet hij, die een vervangbare zaak steelt, daarvan volgens dit beginsel, doch in strijd met alle andere rechtsbeginselen, eigenaar worden? Het schijnt zoo, doch de vraag is onjuist gesteld. Indien de zaken van nature vervangbaar waren, zou inderdaad deze consequentie getrokken moeten worden; reeds in den aanvang van dit opstel hebben wij echter deze leer verworpen. Vervangbaarheid bestaat alleen door den wil van partijen; zij kan dus alleen gegrond zijn in overeenkomst of uiterste wilsbeschikking, en niet in onrechtmatige daad. Diefstal van vervangbare zaken is dus iets onbestaanbaars, en de dief zal ook volgens ons beginsel geen eigenaar worden van de door hem gestolen geldstukken of andere in meerdere onder-

[1]) Zie Dalloz, *Répertoire*, in voce *Louage*, nos. 38 en 39.

ling gelijke exemplaren bestaande zaken. Anders is het gelegen, wanneer de dief het gestolen geld gewisseld heeft. Van het ingewisselde geld wordt hij eigenaar [1]), doch dit vindt zijn grond niet in de vervangbaarheid, doch in den direct op den eigendomsoverdracht gerichten wil der handelende partijen.

De ongewenschte doch noodzakelijke gevolgen van ons beginsel op strafrechtelijk gebied zijn dan ook elders te zoeken, en wel bij het misdrijf van verduistering. Gelijk reeds meermalen in den loop van dit opstel bij de bespreking der jurisprudentie gebleken is, is hij, die ten nadeele van den schuldeischer over de hem toevertrouwde vervangbare zaak beschikt, niet strafbaar wegens verduistering, omdat art. 321 Sr. als mogelijk voorwerp van dit misdrijf alleen noemt „eenig goed, dat geheel of ten deele aan een ander toebehoort", terwijl de vervangbare zaak eigendom werd van den bezitter, en zelfs wanneer hij die ten onrechte als vervangbaar gedacht heeft, de toeëigening niet *opzettelijk* wederrechtelijk is, zooals art. 321 eischt. Echter beslist de rechter ten onzent veelal anders [2]). Behalve de door ons boven aangehaalde vonnissen, zijn er tallooze, waarbij de vraag, of de beklaagde ook eigenaar was der vervangbare goederen, waarover hij ten eigen bate beschikte, niet eens ter sprake kwam. Echter zijn er, gelijk wij zagen, ook eenige, die in tegenovergestelden zin zijn gewezen, en daaronder het laatste arrest van den Hoogen Raad. Dit moge betreurd

---

[1]) Het is dan ook aan niemand wederrechtelijk onttrokken.

Deze onze meening komt in botsing met de jurisprudentie van den Hoogen Raad omtrent de teruggave van overtuigingsstukken. Zie arrest van 6 Mei 1889 (*W.* 5717). Zelfs besliste het Hof te Amsterdam, 1 Nov. 1886 (*W.* 5352), dat hetgeen de dief voor het gestolen geld kocht, als door misdrijf verkregen aan den bestolene behoort te worden teruggegeven, wanneer het als overtuigingsstuk heeft gediend. Anders het boven besproken vonnis der Rechtbank te Alkmaar van 26 Maart 1889 (*W.* 5707).

[2]) Ook de Duitsche rechter had dit geschilpunt vaak te beslissen. Zie de vermelding van tal van gevallen bij Olshausen, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, dl. II, blz. 935 vlg.

worden door ieder, die met ons van meening is, dat dergelijke bedriegelijke handelingen, als hier bedoeld, niet ongestraft behooren te blijven; men bedenke dat hier niets anders plaats heeft, dan dat de schuldenaar zich in de onmogelijkheid stelt om aan eene persoonlijke verbintenis te voldoen. Hetzelfde doen zoovelen, die boven hunne krachten leven, en toch blijven ook dezen vrij van straf. Daarenboven zullen de bedoelde bedriegelijke handelingen soms reeds vallen onder de omschrijving van andere misdrijven en dan toch strafbaar zijn, gelijk boven reeds opgemerkt. Wij bespraken toen een geval, dat misschien onder poging tot oplichting of valschheid in geschrifte had kunnen gebracht worden. Een kassier, die de hem toevertrouwde gelden besteedt om daarmede zijne privé-schulden af te doen, zou weer, indien hij daardoor failleerde, — en alleen in dit geval komt zijn bedrog aan het licht — kunnen vallen onder art. 341 3° Sr., enz.

Waar geen vervangbaarheid bestaat, herleeft natuurlijk de mogelijkheid van verduistering. Verduistering van geld is dus volstrekt niet uitgesloten, blijkens de boven besproken gevallen, waarin geld, toevertrouwd aan een lasthebber, niet vervangbaar was. Om dezelfde reden zal ook als verduistering strafbaar zijn de zoo gewone herprolongatie van in prolongatie gegeven effecten[1]), want gelijk wij zagen zijn deze nooit vervangbaar.

Uit dit alles blijkt, dat de consequentie, op strafrechtelijk gebied getrokken uit het beginsel aan welks bespreking dit opstel gewijd was, niet zoo troosteloos is, als zij misschien in den beginne scheen. Dit neemt niet weg, dat indien de Hooge Raad — wat ons natuurlijk waarschijnlijk voorkomt — bij zijne jurisprudentie blijft, wijziging of aanvulling van art. 321 Sr. o. i. niet zal mogen uitblijven.

---

[1]) Wanneer althans de herprolongatie als eene toeëigening moet beschouwd worden; eene vraag, die buiten ons bestek ligt. Wanneer de herprolongatie uitdrukkelijk door den geldnemer is toegestaan, is zij natuurlijk geoorloofd.

DE EIGENDOM DER OEVERS VAN BEVAARBARE EN VLOTBARE STROOMEN EN RIVIEREN,

DOOR

Mr. JAN VAN LOON,
Advocaat te Leeuwarden.

Volgens artikel 577 B. W. behooren aan den Staat — behoudens de door titel of bezit verkregen rechten van bijzondere personen of gemeenschappen — o. a. de bevaarbare en vlotbare stroomen en rivieren met hunne oevers, en art. 578 B. W. definieert die oevers als „de boorden van rivieren, „meeren of stroomen, welke bij gewone tijden, als het water „op het hoogste is, door dat water overdekt worden, en „niet hetgeen door watervloeden overstroomd is."

Het artikel is steeds zoo verstaan, dat derden, die zich tegenover den Staat in het rustig en vreedzaam bezit van een oever willen gehandhaafd zien, moeten bewijzen, dat zij *eigenaar* zijn krachtens titel of verjaring [1]). Op hen rust de bewijslast.

Is die opvatting juist?

Om dat te beslissen, zal eerst het antwoord moeten worden gegeven op een andere vraag, n. l. deze: aan wie behoorde, toen ons Burgerlijk Wetboek den 1sten October 1838 werd ingevoerd, in 't algemeen de eigendom der oevers van de Nederlandsche bevaarbare en vlotbare rivieren, meren en stroomen.

---

[1]) Zie bijv. Diephuis, *Syst.* I bl. 494, en arrest Hooge Raad dd. 13 December 1880, *W.* 4594. Opzoomer III bl. 16 n. 1, en Goudsmit, *Themis* IX bl 681 vlg., eischen zelfs het bewijs, dat de eigendom vóór 1 October 1838 bestond krachtens titel of verjaring. Zie hierover ook: *Uitoefening van private rechten op zaken met eene publieke bestemming*, door Mr. C. G. von Reeken, in *Themis* LIV (1893) bl. 20.

Het antwoord op deze vraag wil ik hoofdzakelijk beperken tot de Friesche bevaarbare rivieren en meren, niet omdat wat voor deze geldt, wellicht ook niet van toepassing zal wezen op de oevers van vele andere Nederlandsche wateren van dezen aard, maar omdat, gemakkelijker voor Friesland dan voor de andere gewesten, met zekerheid is aan te toonen, welke de rechtstoestand der oevers was, toen op 1 Mei 1809 het Wetboek Napoleon, ingericht voor het koninkrijk Holland, in werking trad. Immers, terwijl het elders in de Republiek der Vereenigde Nederlanden in geenen deele een uitgemaakte zaak was in hoeverre het Corpus Juris kracht van wet had [1]), bestaat er geen twijfel, of in Friesland werd alles, waarin de Statuten niet voorzagen, beheerscht door het Romeinsche Recht [2]).

Nu hebben de Staten van Friesland zich af en toe wel bemoeid met de droogmaking der meren, zooals blijkt uit onderscheidene octrooien, te vinden in het bij De Chalmot te Kampen in 1784 uitgegeven *Register der Resolutiën en Placaaten der Staten van Friesland*, in voce *Octrooy*, uit de algemeene resolutie van Gedeputeerden dd. 18 Juli 1633 (*Charterboek* V 356), waarbij hun, die octrooi hadden of zouden verkrijgen tot het droogleggen van meren, vergund werd onder zekere bepalingen aarde te halen uit de omliggende landen tot het maken van een polderdijk enz. enz., en uit het *Placaat ter aanmoedinge tot bedijking en betere Culture der Landen*, dat zich bij de resolutie van 1633 aansluit (*Resolutieboek* van 1774, bl. 141 vlgg.), maar met de beantwoording van vragen, als: Wien behoort de drooggemaakte grond, wie is eigenaar van den oever, en dergelijke, hebben zij zich nimmer ingelaten. Hier besliste dus het Romeinsche

[1]) Zie Modderman, *Receptie van het Romeinsche Recht*, bl. 63 vlg.

[2]) Zie Modderman, t. a. p. bl. 65. Mr. J. Telting, *De invoering van het R. R. in Friesland*, in *Tijdschrift voor het Ned. Recht*, dl. I bl. 9—11 en 55—57.

[3]) Vermeld bij Johannes à Sande, *Decisiones Curiæ Frisicæ*, lib. V, tit. 2, def. 1 en 2. Leeuw. 1683.

Recht. Dat dit werkelijk werd toegepast, blijkt uit twee procedures, gevoerd voor het Hof van Friesland, de eene geëindigd bij arrest dd. 20 December 1628, de andere bij arrest dd. 20 December 1634 [2]). In het eerste gold het de vraag — die het Hof op grond van l. 7 § 5 D. de adquir. rer. dom. (XLI, 1), van l. 1 § 7 D. de fluminibus (XLIII, 12) en van l. 30 § 1 D. de adquir. rer. dom. (XLI, 1) bevestigend beantwoordde — of de bedding, alveus, van een lacus publicus behoorde aan de eigenaars der voormalige oeverlanden; bij het tweede arrest maakte het Hof uit, conform l. 1 § 1—3 D. de fluminibus (XLIII, 12), § 3 I. de rer. divis. (II, 1) en l. 4 D. de rer. divis. (I, 8), dat het litigieuse meer als perennis en navigabilis was een lacus publicus, „adeoque regale“, dat bijgevolg zonder der Staten toestemming niet tot droogmaking mocht worden overgegaan; maar dat daartoe dan ook alle omwonenden moesten worden toegelaten. omdat hun de bodem van het drooggemaakte meer behoorde.

Geen twijfel dus, of tot 1 Mei 1809 werd, ook wat de oevers betrof, in Friesland de toestand beheerscht door het Romeinsche Recht, waarbij mag worden opgemerkt, dat de meren (m.i. terecht, waarover later) werden gebracht tot de flumina, en dus aan de voor deze geldende bepalingen werden geacht onderworpen te zijn.

Wat nu den eigendom der oevers betreft, § 4 I. de rerum divisione (II, 1) zegt: Riparum quoque usus publicus est iuris gentium, sicut ipsius fluminis; itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, onus aliquid in his reponere cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare. *Sed proprietas earum illorum est, quorum prædiis hærent:* qua de causa arbores quoque in isdem natae eorundem sunt. Dezelfde plaats van Gaius herhaalt l. 5 D. de divisione rerum (I, 8). Verder l. 30 § 1 D. de adquir rer. dom. (XLI, 1): Celsus filius, si in ripa fluminis, quae secundum agrum meum sit, arbor nata sit, meam esse ait, *quia solum ipsum meum privatum est*, usus autem eius publicus intelli-

gitur (; et ideo, cum exsiccatus esset alveus, proximorum fit, quia iam populus eo non utitur).

De definities van het begrip „ripa“ in het Corpus Juris munten niet uit door overgroote helderheid of nauwkeurigheid.

Evenals onze wet in art. 578, geven zij wel de bovengrens aan, d.i. de hoogste lijn, waartoe het water gaat, „naturalem rigorem cursus sui tenens“ (l. 1 § 5 D. de fluminibus (XLIII, 12)[1]), maar waar de oever begint, zeggen zij evenmin als onze wet met zooveel woorden. Nochtans is het niet twijfelachtig — vooral in verband met het feit, dat de drooggeworden bedding behoorde aan de oevereigenaars — dat de grens tusschen de flumina perennia en den oever minstens was de laagste lijn, die het water onder gewone omstandigheden in het droge jaargetijde met den wal beschreef.

Ter ondersteuning dezer uitspraak meen ik mij te mogen beroepen op l. 1 § 11 D. de flum. (XLIII, 12): In flumine publico factum accipere debemus, quidquid in aqua fiat; nam si quid extra factum sit, non est in flumine factum; et quod in ripa fiat, non videtur in flumine factum [2]). In tegenstel-

[1]) Ripa autem ita recte definietur id, quod flumen continet, naturalem rigorem cursus sui tenens. Ceterum si quando vel imbribus vel mari vel qua alia ratione ad tempus excrevit, ripas non mutat; nemo denique dixit Nilum, qui incremento suo Aegyptum operit, ripas suas mutare vel ampliare; nam quum ad perpetuam sui mensuram redierit, ripae alvei eius muniendae sunt. Si tamen naturaliter creverit, ut perpetuum incrementum nactus sit, vel alio flumine admixto, vel qua alia ratione, dubio procul dicendum est, ripas quoque eum mutasse, quemadmodum si alveo mutato alia coepit currere.

[2]) Het is, als had de Hooge Raad deze plaats voor oogen, toen hij bij arrest dd. 13 Dec. 1880, *W.* 4594, besliste, dat de oever geen gedeelte eener rivier uitmaakt, dat onder oever alleen wordt verstaan „de grond die door het rivierwater overdekt is, of kan worden.“

Geheel anders besliste het arrest van den Hoogen Raad dd. 20 Juni 1865, *W.* 2716, n.l. dat hier te lande van ouds onder rivieren en stroomen steeds begrepen zijn alle wateren en gronden, tusschen de hoofddijken gelegen.

In de conclusie, voorafgaande aan het arrest van den Hoogen Raad

ling met ripa wordt dan flumen (zooals l. 3 D. XLIII, 14 een meer definieert) „quod perpetuam habet aquam“, dat gedeelte der rivier, waaruit het water nooit wijkt.

Die opvatting geeft Jure Romano tot geen enkele moeilijkheid aanleiding; de drooggeworden bedding was toch het eigendom der oevereigenaars; zoo goed voor den oever, schoon privaateigendom, als voor den stroom zelf, gold des

---

dd. 29 Mei 1893, *W.* 6356, en in het arrest zelf wordt art. 42, titel XXVII van het „Edit portant règlement général pour les eaux et forêts“ van Aug. 1669, geïnterpreteerd met verwijzing naar l. 3 § 1 en l. 1 § 5 D. de fluminibus (XLIII, 12).

Het komt mij voor, dat, indien de aandacht tevens was gevallen op § 4 I. de rer. divis. (II, 1), l. 5 D. de divis. rerum (I, 8), l. 30 § 1 D. de adquir. rer. dom. (XLI, 1), en vooral op l. 1 § 11 D. de flumin. (XLIII, 12), alle hiervoren reeds uitgeschreven, de beklaagde, die bij vonnis der rechtbank te Roermond was ontslagen van rechtsvervolging, ter zake, dat hij in de rivier de Maas op aan hem toebehoorende gronden insgelijks aan hem toebehoorende boomen, vroeger aldaar op zijn last geplant, aanwezig had, welke boomen nadeelig waren voor den afvoer van het water der rivier, met vernietiging van dat vonnis zou zijn veroordeeld. Immers een blik op laatstgemelde leges zou m. i. tot de overtuiging hebben geleid, dat, consequent in het eenmaal aangenomen stelsel doorgeredeneerd, het aanbrengen van beplantingen en andere beletselen tegen den vrijen loop van het rivierwater, ook *beneden* de gewone hoogwaterlijn, straffeloos moest zijn. Want: „si quid extra (aquam) factum sit, non est in flumine factum; „et quod in ripa fiat, non videtur in flumine factum“; beplantingen enz. in den zomer beneden winterpeil, mits op het droge, aangebracht, zouden, als extra aquam, in ripa, geschied zijn extra flumen, ergo volgens den Hoogen Raad vallen buiten de strafbepaling.

De zaak is, als ik mij niet bedrieg, dat art. 48 van het Edict van Augustus 1669 is van zuiver publiekrechtelijken aard, als het ware een politieverordening, die met de topografische grens tusschen publiek en privaat domein binnen de dijken of boorden der rivier niet heeft te maken. Niet ter wille van de handhaving van eenig eigendomsrecht is het uitgevaardigd, maar ter voorkoming van de gevaren, die zouden kunnen ontstaan uit het aanbrengen van „empêchements nuisibles au „cours de l'eau dans les fleuves et rivières navigables ou flottables“. De bepaling maakt geen onderscheid hoegenaamd, of dit geschiedt onder of boven het gewone winterpeil. Het artikel reikt zoover als het water gaat, en juist boven het gewone winterpeil heeft de toepassing er van wellicht nog het meeste raison d'être.

praetors edikt: „ne quid immittas, quo statio iterve navigio „deterior sit, fiat."

Ergo, bij de invoering van het Wetboek Napoleon voor Holland op 1 Mei 1809 behoorden de oevers der Friesche bevaarbare rivieren en meren aan de eigenaars der gronden, waaraan die oevers grensden. Artikel 433 van dat Wetboek, luidende: „De wegen, rij- en gangpaden, die ten laste van het „Rijk zijn, de bevaarbare stroomen en rivieren, de stranden „van de zee, de havens en reeden, en in het algemeen alle ge„deelten van Hollands grond, welke voor geenen uitslui„tenden eigendom vatbaar zijn, worden onderhoorig geacht „aan de publieke domeinen", is, voor zooverre het de nu besproken kwestie betreft, eene woordelijke vertaling van artikel 538 van den Code civil, die in de landen boven de Waal werd ingevoerd op 1 Maart 1811.

Een artikel, dat spreekt over den eigendom der oevers van bevaarbare rivieren en meren, komt zoomin in het W. N. v. H. als in den C. c. voor. Een artikel, dat klopt op art. 558 C. c., heeft het W. N. v. H. niet. Ergo, het gaf niets, ontnam niets, het liet den toestand, gelijk die was [1]).

Daarbij mag nog gememoreerd worden, dat in art. 440 het beginsel was opgenomen, dat niemand genoodzaakt kan worden van zijn eigendom afstand te doen, dan in het algemeen belang, *en tegen voorafgaande billijke schadeloosstelling.*

De C. c., waardoor het W. N. v. H. den 1sten Jan. 1811 in de landen ten zuiden van de Waal, en den 1sten Maart 1811 in die benoorden de Waal werd vervangen, bleef tot 1 Oct. 1838, het tijdstip der invoering van ons B. W., op dit stuk den toestand beheerschen. Geen decreet, geen partieele herziening heeft wijziging gebracht in den rechtstoestand der oevers van rivieren en meren. Artikel 538 van den Code verklaart les fleuves et rivières navigables ou flottables, et généralement toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, te zijn dé-

[1]) Het Kon. Besl. van 24 Febr. 1809 verbood alleen het kunstmatig bevorderen van aanslibbingen.

pendances du domaine public. Bijgevolg, les fleuves et rivières navigables ou flottables bleven flumina publica. Eveneens bleven de niet bevaarbare of vlotbare rivieren privaat eigendom (art. 561 C. c.). De oevers bleven wat en wiens zij waren (daar immers de wet geen enkele verandering bracht); en artikel 650 van den Code, van een onus publicum op die oevers gewagende, stempelt ze daarmee onmiskenbaar tot het privaat eigendom van particulieren.

Behooren onze *meren* tot de fleuves et rivières van art. 538 C. c.?

De eenige plaats in den Code, waar van meren wordt gesproken, is art. 558. „L'alluvion n'a pas lieu à l'égard des „lacs et étangs, dont le propriétaire conserve toujours le „terrain que l'eau couvre, quand elle est à la hauteur de „la décharge de l'étang, encore que le volume d'eau vienne „à diminuer. Réciproquement le propriétaire de l'étang „n'acquiert aucun droit sur les terres riveraines que son „eau vient à couvrir dans les crues extraordinaires."

Het is, dunkt mij, echter aan geen twijfel onderhevig, of er is hier slechts sprake van meren, die niet zijn dan groote vijvers, en alleen wegens hun oppervlakte of de wijze van hun ontstaan lac en niet étang heeten. „Il en est" (des lacs) zegt Merlin (*Répertoire de Jurisprudence* XVI bl. 380) „qui „sont formés par des eaux affleuentes, et d'autres par des „eaux stagnantes." Het geheele beloop van het artikel brengt mee, dat alleen die van de laatste soort zijn bedoeld. Blijkbaar gebruikt het *„étang"* — behalve de eerste maal, dat dit woord in het artikel voorkomt — als nomen generis voor lacs en étangs beide.

De meren, die bestaan uit des eaux affluantes, vallen dan noodzakelijkerwijze onder het begrip fleuves of rivières van art. 538 C. c. Zoo oordeelde ook het Hof te Leeuwarden blijkens het arrest van 8 Juni 1887 (ik ken geen compendium, waarin het voorkomt) op het voetspoor van Maleville (op art. 558). Eveneens Dalloz, *Jurisprudence générale* XIX, in voce Lac n°. 275: „Ce n'est qu'improprement qu'on donne

„le nom de lacs à ces grands amas d'eau, qui — comme le „lac de Genève — sont traversés par un fleuve ou une „rivière; leur régime est le même que celui adopté pour le „fleuve ou la rivière."

Onder onze meren zal er bijkans geen zijn, waaruit het water eerst naar elders kan vloeien als het is gestegen „à la hauteur de la décharge de l'étang", in den zin waarin art. 558 C. c. dat bedoelt [1]). Haast zonder onderscheid zijn onze meren stroomende meren, die met de andere daarin uitloopende wateren (kanalen en rivieren) in directe verbinding staan en op één niveau blijven.

Veilig kan men dus stellen, dat de Code evenals het W. N. v. H. de oevers liet aan hen, wier eigendom ze reeds waren vóór 1 Mei 1809.

Zoo vond de wetgever van 1838 de oevers der rivieren en meren in Friesland in het bezit en den eigendom van de eigenaars der aan die wateren gelegen landerijen. Zonder omwegen ging hij echter in artikel 577 decreteeren, dat die oevers zouden behooren aan den Staat, tenzij dan wellicht deze of gene — wat hij casu quo zou moeten bewijzen — door titel of bezit eigenaar van een perceel mocht zijn geworden.

Een titel, waaruit totidem verbis de eigendom, speciaal van een oever, bleek, zal hoogst waarschijnlijk niemand der toenmalige propriétaires riverains hebben kunnen toonen. Maar gedurende eeuwen bracht de eigendom hunner landerijen krachtens de wet den eigendom mede van de een deel dier landerijen vormende oeverstrooken.

Verder was voor anderen niet langdurig bezit, maar het „proprietas earum (riparum) illorum est, quorum praediis „haerent" van § 4 I. II, 1 de rechtsgrond van hun eigendom.

Strikt genomen moest dus reeds terstond na de invoering van het B. W. bijkans ieder te kort schieten in de levering van het bewijs, dat hij zijn recht „door bezit" verkregen

[1]) Zie Laurent VI n°. 289 en VII n°. 241 vlg. Toullier III n°. 137—140.

had. Hij zou dan moeten bewijzen, wat doodgewoon niet waar was.

Nu rijst echter de vraag: hebben a de oevereigenaars van het jaar 1838 in ons vaderland ten gevolge van de bepaling van art. 577 B. W. plotseling den eigendom hunner oevers verloren; zijn die tallooze vruchtbare strooken zonder eenige vergoeding overgegaan aan den Staat? Of, op zijn zachtst genomen, rust op den oevereigenaar sinds 1 October 1838 tegenover den Staat het bewijs van zijn eigendom, mist hij tegenover dezen de possessoire actie? M. i. niet.

Het wil mij toeschijnen, dat de wetgever er geen klare voorstelling van heeft gehad, dat het overgroote deel der oeverstrooken, die hij plotseling tot staatseigendom ging verklaren, behoorde tot het privaateigendom der ingezetenen. Er bestaat tenminste geen enkele reden om te veronderstellen, dat hij willens en wetens zonder noodzaak art. 164 der toen vigeerende Grondwet zou hebben willen schenden: „Ieder ingezeten wordt gehandhaafd bij het vreedzaam genot „en bezit zijner eigendommen. Niemand kan van eenig „gedeelte derzelven worden ontzet, dan ten algemeenen „nutte, in de gevallen en op de wijze bij de wet te bepalen, „en tegen behoorlijke schadeloosstelling."

Te meer niet, nu het B. W. werd ontworpen en men het dacht in te voeren in een tijd, toen het des rechters plicht was de wet te toetsen aan de Grondwet [1]). Veeleer heeft bij den wetgever — althans dien indruk geven de beraadslagingen der Tweede Kamer — de goede bedoeling voorgezeten verkregen rechten te eerbiedigen. Volgens het verslag der centrale afdeeling van 5 December 1823 [2]) had een der afdeelingen verlangd, „dat (naast titel en bezit) „het recht van particulieren en gemeenschappen *volgens* „*oude herkomsten* ook was opgenoemd." Waarop van Gouvernementswege werd geantwoord, „dat deze bijvoeging on-

---

[1]) Zie bijv. Buys, *Grondwet* I bl. 633 en 634.
[2]) Voorduin III bl. 341.

„noodig is geacht, omdat dit *onder titel of bezit* begrepen is." Die afdeeling verzocht, „dat ook dit in het verslag der centrale afdeeling mocht worden opgenomen, als eene soort „van *authentieke* verklaring behelzende." In de openbare zitting van 10 Dec. 1823 herinnerde de Heer van Asch van Wijck er aan, dat onder de benaming *titel* ook *oude herkomsten* begrepen zijn; eene verklaring gegrond, zoo in den aard der zaak als in den ruimen omvang van het woord *titel*, als zijnde een bewijs van bestaande rechten, hetwelk zoowel uit overeenkomsten als uit oude gewoonten en herkomen kan worden afgeleid. Opmerking verdient nog [1]) dat de Regeering in 1832 in haar memorie van toelichting onder de zaken, welke „onmiskenbaar tot 's Lands eigendom be„hooren", niet noemt de oevers van bevaarbare rivieren en stroomen.

Daarom vooral is het allermerkwaardigst, dat die oevers — zonder dat het tot eenige tegenspraak, zelfs bespreking, aanleiding gaf — staatseigendom zijn verklaard. Het heeft den schijn, dat de *door de zee* gevormde aanwassen, gorsingen en schorren — de bekende kwelderkwestie, ontstaan uit het Keizerlijk Decreet van 11 Januari 1811, dat aanleiding gaf tot zoo menige geruchtmakende procedure — alle attentie tot zich hebben getrokken, en dat, waar het oog der leden op de oevers viel, zij het recht van particulieren hierop voldoende gewaarborgd achtten door bezit of titel, onder welke laatste woorden dan mede „oude herkomsten" werden verstaan.

Quaeritur, is het thans geoorloofd onder het begrip „titel" de „oude herkomsten" te rekenen, en zoo ja, wat beteekent dan die laatste uitdrukking?

Ter beantwoording der eerste vraag zij opgemerkt, dat er zeker geen reden bestaat om onder „titel" alleen akten of oorkonden te begrijpen, te meer niet, nu de wetgever zelf aan het woord een ruimere interpretatie heeft gegeven,

[1]) Voorduin III bl. 343.

te minder nog nu de wet „titel“, zooals in art. 2014, in anderen zin gebruikt. Het geldt hier de verklaring van een woord. Waar de wetgever uitdrukkelijk heeft gezegd, in welke beteekenis hij het heeft gebezigd, is elke beperking van het met dat woord aangeduide begrip m. i. willekeurig [1]).

Op de duidelijkheid van 's wetgevers definitie valt overigens zeker niet te roemen [2]). M. i. is echter de stelling niet gewaagd, dat onder „oude herkomsten“ moet worden verstaan het recht zooals het voorheen, van ouds, werd toegepast, het zij dan ius scriptum of non scriptum.

Dat „oude herkomsten“ in het verband, waarin de uitdrukking hier is gebezigd, oude gewoonten zouden kunnen beteekenen, is niet wel aannemelijk. Niet de gewoonte maakt iemand onder zekere omstandigheden tot eigenaar; eerst de tot recht gepromoveerde gewoonte, om iemands recht onder die omstandigheden onbetwist te laten, en het ius scriptum vermogen dat.

Zoo opgevat — maar ook dan eerst — krijgt artikel 577 slot en zin, dan eerst is het volledig:

a. Zij, die krachtens het afgeschafte recht eigenaar waren, blijven het.

b. Waar iemand een oever gedurende den voor de usucapio noodigen tijd had bezeten, terwijl volgens het plaatselijke beschreven of gewoonterecht hij overigens — wat moeilijk denkbaar is — niet reeds eigenaar zou zijn, daar

---

[1]) Anders Diephuis I bl. 494 nt. 4; Land II*a* bl. 43 nt. 4.

[2]) Ik kan niet de verzoeking weerstaan hier even de woorden te vermelden, welke Prof. Buys (*Grondwet* I bl. 631) schreef naar aanleiding van het tweede lid van art. 121 der Grondwet: „Men ziet het, „de Regeering hecht aan hare uitdrukking met al de liefde, welke „ouders in de eerste plaats aan gebrekkige kinderen plegen toe te „dragen, maar over den zin welke aan die uitdrukking moet worden „toegekend, bestaat tusschen haar en de Tweede Kamer geen verschil „van meening hoegenaamd.“

Verder verwijs ik naar zijne terzelfde plaatse ontwikkelde opmerkingen over interpretatie, welke — ook voor het punt, dat mij thans bezig houdt — zoozeer ter snede zijn.

blijft hij nu krachtens zijn bezit in dat bezit gehandhaafd, zoolang niet een ander komt, die beter papieren heeft.

c. Waar hij den eigendom heeft verkregen blijkens akte of oorkonde eener rechtshandeling, die hem eigenaar maakte, is hij eveneens gewaarborgd.

d. En wat er dan verder overschiet, is voor den Staat.

Ik wil nog opmerken, dat indien art. 577 in fine had gezegd: „onverminderd de verkregen rechten van bijzondere „personen of gemeenschappen", er geen kwestie van zou zijn, of de Commentators van ons B. W. hadden in de allereerste plaats zich de vraag ter beantwoording gesteld (wat ze nu geen van allen hebben gedaan): „in welke handen bevonden „zich in 1838 in het algemeen de oeverstrooken onzer rivieren „en meren?"

Maar doordat de wetgever heeft gesproken van *door titel of bezit* verkregen rechten, is de attentie van die vraag afgeleid. En toch staat het blijkens het verhandelde in de Tweede Kamer als een paal boven water, dat men verkregen rechten wilde eerbiedigen, dat met de woorden „door titel of bezit" allerminst is bedoeld eene beperking in dien zin, dat men wenschte te handhaven hen, die zich konden beroepen op een titel van eigendomsovergang of op usucapio, maar een streep wilde halen door de krachtens de vorige wetgevingen van ouder tot voorouder verkregen rechten. Het tegendeel blijkt ondubbelzinnig.

Het vorenstaande voert, wat den bewijslast betreft, tot een hoogst belangrijk resultaat.

Als de mij behoorende oeverstrook gelegen is in een streek van ons vaderland, waar vóór 1 Mei 1809 de oever krachtens het vigeerende recht behoorde aan den eigenaar van het aan dien oever zich aansluitende terrein, dan heb ik niet te bewijzen, dat het thans mijn oever is, maar de Staat, zoo hij aanspraken wenscht te maken, moet bewijzen, dat het mijn oever niet is. Immers: curia novit ius. Ambtshalve moet de rechter onderzoeken welk recht ter plaatse van het litigieuse perceel vóór 1 Mei 1809 heerschte. Maakte dit —

zooals in Friesland het geval was — den eigenaar van den aan de rivier of het meer gelegen grond tevens eigenaar van den oever, dan weet hij tevens — het W. N. v. H. noch de C. c. bracht wijziging — dat de Staat op 1 October 1838 dien oever in de handen van particulieren vond, dat die oever dus *niet krachtens ons B. W.* eigendom van den Staat is geworden, en dat derhalve de Staat, zoo hij aanspraken pretendeert, de rechtmatigheid daarvan moet bewijzen, zoo goed als ieder ander.

Een bewijs voor de juistheid mijner interpretatie levert m. i. nog het feit, dat art. 577 nu in harmonie komt met de andere over oevers handelende artikelen van ons B. W., ik bedoel speciaal de artikelen 651 en 652. De Rechtbank te Leeuwarden, bij vonnis dd. 14 October 1886, wilde onder „oever" in die artikelen niet verstaan een oever, zooals art. 578 dien definieert, maar het land dat, boven dien oever gelegen, daaraan grenst [1]).

Op die wijze krijgen die artikelen m. i. geen gezonden zin, ze zouden overbodig zijn.

De aanspoeling, zegt art. 651, komt ten voordeele van de eigenaars van den oever, en dat beteekent toch, dat als de oever *breeder* wordt, het land wint in *uitgestrektheid*, die aanwinst voor den eigenaar is. Maar het aan den oever grenzende land wordt *niet* breeder, de oever wel. De eenige aanspoeling, die het achter den oever gelegen land ondervindt, bestaat in het een of ander voorwerp, dat de golven er op werpen, bijv. een doode visch of een stuk oude mat. Breeder worden doet dat land alleen op het papier, niet in werkelijkheid.

En gesteld al, dat zich langzamerhand de hoogwaterlijn meer rivier- of meerwaarts in verplaatste, dan bleef toch krachtens artt. 577 en 578 slechts het beneden die hoogwa-

---

[1]) Zie ook arrest Hooge Raad 18 Sept. 1857, *W.* 1890. — Hooge Raad 11 Juni 1858, *v. d. H.* B. R. 22, 334. — Hof Gelderland 10 Oct. 1860, *W.* 2251. — Verder Land IIa bl. 140. — Diephuis VI bl. 61. — Opzoomer III bl. 291 noot 1.

terlijn gelegen land als oever aan den Staat, en artt. 651 en 652*a* waren nutteloos.

De leer, door de gemelde schrijvers en rechtscollegiën gehuldigd, voert nog tot een andere moeilijkheid. Onder het woord *oever*, zegt zij, in artt. 651 en 652 moeten verstaan worden „*de landen bij een loopend water gelegen.*" Substitueer voor oever telkens *het land langs den oever*, en alles sluit als een bus. Ik leg me daar even bij neer, maar verzoek acht te geven op de consequentie waartoe dit voert in art. 654 [1]), dat over de avulsio handelt. Hoe moet ik nu *land* in dat artikel verstaan? Ook als land *boven langs* den oever? Maar dan wordt immers het geheele artikel onmogelijk, bovenal het slot!

Wil men hier echter niet aan, en geeft men dus aan *land* in art. 654 de eenig mogelijke uitlegging, n. l. die van *oever*, met in hoogst ernstige gevallen nog een stukje land er bij, als het ware een kies met een stuk kakebeen, dan beschuldigt men de wet zeer zeker wel van een babylonische spraakverwarring: *Oever* in 577 en 578: het land beneden de hoogwaterlijn; — *Oever* in 651 en 652: het land boven de hoogwaterlijn; — *land* in 651: het land boven de hoogwaterlijn; — *land* in 654: het land beneden de hoogwaterlijn.

Zoo zijn dan ook de oevers, die in 1838 aan particulieren behoorden, na dien tijd door aanwas niet breeder geworden ten voordeele van den Staat, maar krachtens art. 651 ten bate van de oevereigenaars.

Gelukkig is het, dat de Staat zich niet heeft geschaard aan de zijde van hen, die hem, behoudens tegenbewijs, de oevers, zooals ze in art. 578 zijn beschreven, in eigendom toekennen.

---

[1]) „Het wordt als geene aanspoeling aangemerkt, indien een stuk „lands door het geweld van den stroom in eens van het eene land „afgescheurd en aan het andere aangeworpen wordt, mits de eigenaar „zijn recht binnen drie jaren na die gebeurtenis doe gelden. Na dit „tijdsverloop, wordt ook dat afgescheurde en niet gevorderde stuk „gronds de eigendom van dengenen, aan wiens land hetzelve aange„worpen is."

Althans in Friesland heeft hij dit niet gedaan. 't Had er anders slecht voor sommige grondeigenaren kunnen uitzien.

Er waren en er zijn nog meren, die, van geen dijken voorzien, des winters bij normalen waterstand (dus geen tijdelijke overstrooming, als waarvan art. 648 spreekt) honderden hectaren van de omliggende landerijen doen onderloopen. Maar als de zomer weer in 't land is, en het heldere meerwater wiegelt tegen den schilderachtigen rietzoom, laadt de landman het geurige hooi op den wagen, gerust dat hij daarin niet bemoeilijkt zal worden door een barschen staatsambtenaar.

Bij andere, en wel bedijkte, meren, hebben de dijken een breed voorland, dat aan den eigenaar van de aan de andere zijde van den dijk gelegen landen des zomers een voortreffelijken hooioogst bezorgt, maar des winters geregeld onder water staat.

Nergens, voor zoover mij bekend, heeft de Staat getracht die buitendijksche vruchtbare strooken te verpachten.

De ambtenaren van den Rijkswaterstaat, althans in Friesland, nemen in de meren den grond beneden zomerpeil als staatseigendom, maar wat ze gebruiken boven zomerpeil, wordt den particulieren vergoed.

Van de buitendijksche gronden, van den oever dus, die den Staat volgens art. 577 zou toebehooren, betaalt de eigenaar der binnendijksche gronden den Staat de door dezen van hem gevorderde grondbelasting. Daarmee erkent de Staat dus volmondig: die grond behoort U, niet mij.

Welke de toestand in de andere provinciën is, is mij minder bekend. Een onderzoek daarnaar ligt buiten het bestek van dit opstel [1]). Maar één ding laat zich overal onom-

[1]) Zie echter arrest Hof Gelderland 10 Oct. 1860, *W.* 2251, arrest Hof Groningen 25 Juni 1849, *W.* 511, waaruit men kan zien dat de toestand o. a. in Gelderland en in de Groninger Ommelanden vóór 1809 dezelfde was als in Friesland.

stootelijk vaststellen — en dat in 't licht te stellen, was het hoofddoel van dit opstel — overal, waar vóór 1 Mei 1809 de oevers der bevaarbare en vlotbare stroomen en rivieren, krachtens het op dien datum buiten werking gestelde recht, behoorden aan hen, wier gronden aan dat water waren gelegen, kan de particulier als bezitter van den oever ook tegen den Staat met vrucht ten possessoire ageeren.

AANSPRAKELIJKHEID VOOR RAADGEVINGEN EN INLICHTINGEN,

DOOR

Mr. J. J. VAN TROOSTENBURG DE BRUYN,
Advocaat en Procureur te Rotterdam.

Raadgevingen en inlichtingen, adviezen en informatiën. In een vorigen jaargang van dit tijdschrift (XI, bl. 176) behandelde Prof. Drucker de vraag, of het criterium tusschen in rechte bindende overeenkomsten en buiten het gebied van het recht liggende afspraken bestaat in het al of niet op geld waardeerbaar zijn van haar inhoud. Zijn antwoord luidde ontkennend. Bij dit onderzoek werd gewezen op de tegenstelling van *business transactions* en betrekkingen der *Geselligkeit* en *Gefälligkeit*: gene zijn de handelingen van het economisch, deze die van het vriendschappelijk verkeer (bl. 196).

Die tegenstelling vindt men ook elders, buiten het gebied der overeenkomsten en afspraken.

Wij gevoelen haar zelf dagelijks, bij het uiten eener meening of het geven van een raad. In honderde gevallen wordt onze opinie gevraagd en deelen wij zonder aarzelen onze inzichten mede. Het staat voor ieder vast, dat wij daarbij blijven buiten het gebied van het recht. De dame, die hare vriendin bijstaat in het kiezen van een hoed, vreest niet de mogelijkheid van aansprakelijk te zullen worden gesteld, wanneer het door haar aangeradene blijkt niet aan de verwachting te voldoen. Zelfs niet bij kwade trouw. Indien zij van twee hoeden den slechtsten en duursten had aanbevolen, om den volgenden dag zelf den beteren voor minderen prijs te koopen, de vriendin zal het leelijk van

haar vinden, maar haar in rechte te betrekken ter vergoeding van het waardeverschil, hieraan zal zij niet denken. Niet omdat de daad niet onrechtmatig zou zijn, maar omdat zij ligt buiten het economisch verkeer. De rentenier, die op de societeit in de courant de effectenlijst bestudeert en zijne verwachtingen omtrent het rijzen en dalen der fondsen aan een collega mededeelt, hem op een voordeelige speculatie wijst, zal wel niet bij het mislukken dier speculatie door dezen worden aangesproken tot vergoeding.

Daartegenover staan andere handelingen. Vroeger deed de koopman uitsluitend zaken met handelsvrienden, stadgenooten of bekenden van missen en markten; grootendeels geschiedden die zaken à contant.

Sedert is de handel van plaatselijk steeds meer internationaal geworden. De handelsvrienden zijn vervangen door onbekende afnemers in alle oorden der wereld. De telegraaf brengt de orders van vreemden over; spoedige uitvoering, voordat het prijsverschil verdwenen is, wordt geëischt. Veel meer wordt op krediet verkocht, veel meer wordt daardoor ook „geschwindelt".

Die uitbreiding en vertakking van het hedendaagsch verkeer noodzaken den koopman, wanneer een hem onbekend persoon met hem connecties wil aanknoopen, vlug inlichtingen over de soliditeit van dezen in te winnen. Het vragen en krijgen van informatiën behoort thans tot het bedrijf van den koopman. Wie verzuimde ze te nemen, heeft niet als een zorgvuldig koopman gehandeld [1]).

Zulke inlichtingen worden ingewonnen hetzij bij een handelshuis, waarmee de aanvrager zaken doet, en aan hetwelk hij te zijner tijd denzelfden dienst bewijst, hetzij bij een kassier, die de omstandigheden van den nieuwen afnemer kent, of op wien deze zich beriep; in de laatste jaren ook bij de informatiebureaux, die in het bijzonder van het

---

[1]) Aldus Entsch. d. Reichsgerichts i. Civilsachen, Band XX, n°. 42, op bl. 193.

geven van inlichtingen omtrent de kredietwaardigheid van kooplieden hun beroep maken.

Het geven en krijgen dier informatiën behoort tot het economisch verkeer, en is als in rechte van belang te beschouwen.

Zij liggen op het gebied van de *business.*

Groote geldelijke belangen zijn met de meerdere of mindere juistheid dier informatiën gemoeid. Zij dienen tot voorbereiding van overeenkomsten. Zij worden verstrekt in ernst, te midden van het „zaken doen", als een onderdeel van het economisch verkeer. Het feit, dat zij vaak niet tegen eene geldelijke vergoeding maar gratis worden gegeven, uit welwillendheid, brengt ze niet tot het gebied van het vriendschappelijk verkeer terug. Wie aan een vriend in nood uit welwillendheid geld leent, mist ook het recht tot terugvorderen niet. Terecht oordeelde het *Reichsgericht*, dat zulk geven van informatiën het karakter van eene tot het koopmansbedrijf behoorende *rechtshandeling* bezit.

Welke aansprakelijkheid kan uit het geven van raad of inlichtingen voortkomen?

Raadgevingen en inlichtingen worden hier als gelijkwaardig in rechte beschouwd. Ter onderscheiding kan men zeggen, dat de raadgever zoowel de gronden zijner meening als de hierop rustende conclusie — of alleen de laatste — mededeelt; bij informatiën worden vooral de feiten, die de motieven voor den raad vormden, in het licht gesteld, en laat men het aan den ontvanger over hieruit eene conclusie af te leiden. Eene informatie bestaat in het kenbaar maken van feiten en omstandigheden, een raad bestaat in de hierop gebouwde meening. Maar soms bevat de raad ook de motieven, soms ligt in de informatie reeds een raad. Beide vloeien ineen, en een voor het recht van belang zijnd verschil bestaat m. i. niet.

Evenmin is een uiterlijk onderscheidingsteeken aan te geven, dat beslist, wanneer de raad, aanbeveling of informatie niet meer als eene handeling van het vriendschappelijk verkeer kan worden beschouwd, maar wordt een feit, dat

in rechte van belang is. Vaste grenzen zijn niet te trekken. Veel hangt af van het standpunt, vanwaar men de handeling beziet. Wie een ander bewust een onjuisten raad of inlichting gaf, zal zich krachtig verzetten, wanneer men hem voor de gevolgen aansprakelijk wil stellen, en betoogen, dat die handeling buiten het gebied van het recht ligt. Maar lijdt dezelfde persoon kort daarna zelf nadeel door eene hem valschelijk gegeven informatie, hij zal niet nalaten te trachten de geleden schade op zijn zegsman te verhalen.

Doch meestal zal hij zich dit voornemen zien ontraden. Nog wordt vrij algemeen als een adagium aangenomen, hetgeen eens de Haagsche kantonrechter — in een zaak, waarop wij later terugkomen — besliste [1]):

„dat hoedanig ook de raad moge geweest zijn, dien de gedaagde aan den eischer gegeven heeft (omtrent welks waarde de regter geen onderzoek behoeft te doen) *het geven van raad geene aansprakelijkheid in regten veroorzaakt.*" ...

De raad herinnert aan twee soorten van overeenkomsten. Hij grenst soms aan eene lastgeving, soms aan een borgtocht. De geradene kan handelen in opdracht van den raadgever, of hij kan bij slechte uitkomst regres oefenen tegen dezen. Maar lastgeving en borgtocht zijn overeenkomsten, aangegaan tot het in het leven roepen van rechtsbetrekkingen. De raad, wanneer deze al behoort tot het economisch verkeer, is echter nog geen overeenkomst; noch de raadgever noch de ontvanger beoogen het scheppen van verbintenissen; hunne bedoeling is hierop niet gericht.

Maar mag men om die reden zeggen, dat het geven van raad nooit in rechte aansprakelijkheid veroorzaakt?

Voor het bewijs dier bewering beroept men zich op het romeinsch recht. De bekende plaats pr. en § 6 Inst. de mand. III, 26 zegt intusschen alleen, wat niemand betwist, dat het zuivere geven van een raad niet reeds een op zich

---

[1]) Kantongerecht te 's Gravenhage 31 October 1853, *W.* 1554.

nemen van het gevaar (Garantieempfehlung, Garantievertrag) in zich sluit [1]). Van de met den raad in verband gebrachte plaatsen [2]) gaat het verst L. 2 Dig. de prox. 50,14: Si proxeneta intervenerit faciendi nominis, ut multi solent, videamus an possit quasi mandator teneri; et non puto teneri, quia hic monstrat magis nomen quam mandat, tametsi laudet nomen. Idem dico, et si aliquid philantropi nomine acceperit; nec ex locato conducto erit actio.

Maar onmiddellijk volgt hierop: plane si dolo et calliditate creditorem circumvenerit, de dolo actione tenebitur. Andere plaatsen bevestigen dit: L. 8 Dig. de dolo 4,3: quod si, quum scires eum facultatibus labi, tui lucri gratia adfirmasti mihi idoneum esse, merito adversus te, cum mei decipiendi gratia alium falso laudasti, de dolo judicium dandum est, en L. 47 Dig. de R. J. 50,17: consilii non fraudulenti nulla obligatio est: ceterum si dolus et calliditas intercessit de dolo actio competit.

Het is dus niet juist te zeggen, dat men naar romeinsch recht nooit voor de gevolgen van zijn raad kon worden aansprakelijk gesteld. Deze plaatsen zeggen, dat uit een raad op zich zelf niet per se zulk eene aansprakelijkheid volgt, maar dat, wanneer die raad opzettelijk onjuist — dolose — is gegeven, men den raadgever met de actio doli kan aanspreken.

Biedt ons recht hulp aan hem, die ten gevolge van een ontvangen raad of inlichting schade geleden heeft?

De gevallen, waarin raad of informatie gevraagd en gegeven worden, kunnen verdeeld worden in drie groepen naar de verhouding van partijen. Ten eerste, waar partijen geheel onafhankelijk zonder rechtsband tegenover elkaar

---

[1]) Windscheid, *Pandekten*, Band II § 412 Note 21. — Dernburg, *Pandekten*, Band II § 115 Anm. 7, 8.

[2]) De voornaamste plaatsen zijn: pr. § 6 Inst. de mand. III, 26; Gajus Inst. III § 156; L. 2 § 6, L. 6 § 4,5, L. 10 § 7, L. 12 § 12, 13 Dig. mand. 17,1; L. 1 § 14 Dig. dep. 16,3; L. 2 Dig. de prox. 50,14; L. 47 Dig. de R. J. 50,17; L. 7 § 10, L. 8, L. 40 Dig. de dolo 4,3.

staan. Ten tweede, waar eenige handelsrelatie tusschen hen aanwezig is. Ten derde, waar voor het geven van raad of inlichting vergoeding wordt genoten.

Uit den aard der zaak zullen de raad en inlichtingen, gegeven door en aan elkaar juridisch geheel vreemd zijnde personen, dikwijls behooren tot de handelingen der *Geselligkeit* en *Gefälligkeit.*

Maar niet altijd. Hier is een terrein, waar veel inlichtingen worden gegeven, waar ook veel wordt gezondigd. Door medelijden bewogen zien velen er geen kwaad in, aan bedienden, om ernstige redenen ontslagen, desniettemin een goed getuigschrift te geven, of omtrent hen gunstige verklaringen af te leggen. Als ik nu omtrent iemand, wegens diefstal ontslagen, gunstige informatiën over eerlijkheid enz. ontvang en hem derhalve in dienst neem, maar daarna door hem word bestolen, kan ik dan verhaal voor de schade oefenen op dengeen, die mij aldus bewust onjuist inlichtte?

Die vraag is, voor zoover mij bekend, in onze rechtspraak nooit behandeld. In het buitenland, in Frankrijk en België, werd zij meermalen bevestigend beantwoord. Aldus het Hof van Parijs. Iemand beval uit eigen beweging aan een koopman een zekeren Heurteux aan als alle vertrouwen verdienend, hoewel hij wist, dat deze wegens diefstal vijf jaar gevangenisstraf en vijf jaar politietoezicht ondergaan had. De koopman antwoordde, dat hij hem wel in dienst wilde nemen, waarop de ander zijn eerste verzekeringen hernieuwde. Dus kreeg Heurteux een post van vertrouwen voor dit handelshuis te Antwerpen, en verduisterde fr. 3000 ten nadeele van zijn patroon, die den aanbeveler aansprak tot schadevergoeding. Het Hof wees den eisch toe op grond van art. 1382 C. c. (art. 1401 B. W.), overwegende, dat eene veroordeeling tot diefstal geen reden was om iemand niet meer in dienst te nemen of aan te bevelen, maar dat hij, die zoo iemand aanbeval, ten minste dengeen, aan wien hij hem

recommandeerde, met het feit der veroordeeling moest in kennis stellen [1]).

Een fransch huis stelt aan als zijn vertegenwoordiger in België iemand, omtrent wiens gedrag en soliditeit een belgisch koopman goede informatiën had gegeven. Inderdaad bleek later, dat deze volkomen onjuist waren geweest. De agent benadeelde zijn huis, dat van den aanbeveler schadevergoeding vorderde. Deze werd toegekend, op grond, dat de aanbeveler inlichtingen had gegeven, die hij wist, dat valsch waren [2]).

Wanneer bewezen is, dat raad en informatie bewust onjuist zijn gegeven, kent de fransche en belgische rechtspraak eenstemmig op grond van art. 1382 C. c. een recht op schadevergoeding toe. Zelfs in geval die onjuistheid niet aan opzet, maar aan nalatigheid of onvoorzichtigheid is toe te schrijven, acht Laurent [3]) de vordering tot schadevergoeding voor toewijzing vatbaar.

Wat zal hier te lande de uitkomst zijn van eene actie tot schadevergoeding, rustende op het geven van bewust onjuiste inlichtingen?

Want ook hier zijn deze niet onbekend, zooals het volgende aan de practijk ontleende geval toont. Een fabrikant A ontving van een hem onbekend aannemer eene bestelling. Alvorens te leveren verzocht hij informatiën aan een koopman B, wetende dat B sedert jaren aan den aannemer leverde. Het antwoord was, dat deze wel wat traag was in het betalen, maar dat B voortging met leveren, en z. i. A dit ook gerust kon doen; aldus geschiedde. Bij het vervallen van den laatsten termijn der aannemingssom legt B hierop beslag voor een groote som, en nu blijkt, dat de aannemer hem sedert jaren niets meer had betaald. Een faillissement volgt, en A lijdt groote schade. Bezwaren in verband met het bewijs weer-

[1]) Hof van Parijs 16 Juli 1869, Dalloz, *R. P.*, 1870—2—150. Ook vermeld bij Laurent, *Droit civil*, deel XX n°. 478.

[2]) Hof van Brussel 26 April 1864, *Pasicrisie* 1865—1—185.

[3]) Laurent, *Droit civil*, deel XX n°. 480.

hielden hem echter om B tot vergoeding dier schade aan te spreken.

Kan zulk eene actie met kans op succes worden ingesteld?

Natuurlijk kan zij alleen steunen op de artt. 1401 en 1402 B. W. en kan bij zulk eene informatie aan eene actie uit overeenkomst niet worden gedacht.

De onrechtmatige daad moet liggen op het gebied van het economisch verkeer; handelingen kunnen onbehoorlijk, ongeoorloofd zijn, maar toch geene aansprakelijkheid in rechte doen ontstaan, omdat zij buiten het rechtsgebied liggen [1]). Inlichtingen omtrent gedrag, bekwaamheid, eerlijkheid van personen, die men in dienst wil nemen, die men in zijn huis of zijn zaak een post van vertrouwen zal geven, moeten tot het economisch verkeer worden gerekend. Even goed als het sluiten van dienstcontracten met zulke personen hiertoe behoort, zullen de handelingen, die hieraan voorafgaan en ter voorbereiding dienen, er toe moeten worden gebracht. Het vragen en geven van zulke informatiën is eene serieuse, ernstige zaak; aan haar kunnen rechtsgevolgen verbonden worden.

Men werpe niet tegen, dat degeen, die informatiën geeft, hierdoor niet gebonden wil zijn. Eene actio ex contractu kan afstuiten op het ontbreken der bedoeling om eene verbintenis op zich te nemen. Maar bijna elke actie op grond eener onrechtmatige daad berust op eene handeling, die de aangesprokene verrichtte met den wil om daardoor niet te worden gebonden. De verbintenissen uit kracht der wet geboren en voortvloeiende uit eene onrechtmatige daad komen tot stand tegen den wil van den gebondene.

Wij bevinden ons dus hier op het gebied van het recht, en mogen thans nagaan, of de vereischten voor de actie van art. 1401 aanwezig zijn, inzonderheid of het aanbevelen van iemand, terwijl men weet, dat die aanbeveling ten onrechte

---

[1]) Men zie de dissertatie van Mr. J. R. Roelfsema: *De beteekenis der woorden „onrechtmatig“ en „schuld“ in art. 1401 B. W.* Groningen, 1893, bl. 6, noot.

geschiedt, en het geven van gunstige informaties omtrent een persoon, dien men als ongeschikt en oneerlijk kent, eene onrechtmatige daad vormen.

Dit hangt af van de uitlegging, die men aan het woord „onrechtmatig" in art. 1401 toekent [1]). Noemt men alleen dat onrechtmatig, wat in strijd is met de wet, dan moet men ontkennend antwoorden. In het dagelijksch leven noemen wij zulk opzettelijk geven van onjuiste inlichtingen liegen en bedrog. Maar straft de wet ze? Heeft men zulk eene onware verklaring in een getuigschrift geschreven, art. 230 W. v. Sr. zal wellicht toepasselijk zijn. Doch waar inlichtingen tusschen personen mondeling of schriftelijk van den één aan den ander worden gegeven, daar valt dit, ook bij kwade trouw, buiten de strafwet. Door valsche informatiën omtrent iemands kredietwaardigheid kan men een ander bewegen een schuld met den eerste aan te gaan; die valsche informatiën vormen echter niet de „listige kunstgrepen" of het „samenweefsel van verdichtsels", dat art. 326 W. v. Sr. voor oplichting eischt. Art. 334 W. v. Sr. straft het *verspreiden* van een logenachtig bericht om fondsen te doen rijzen of dalen; de raad tot aankoop, door een bankier aan zijne klanten in privé gegeven, valt hierbuiten.

Bij streng vasthouden aan den eisch, dat de handeling moet zijn in strijd met de wet, kan men het bewust geven van valsche inlichtingen niet beschouwen als eene onrechtmatige daad. Bewust onwaarheid spreken is dan niet onrechtmatig [2]). Dit resultaat, dat men bij dergelijke immoreele handelingen geen recht op schadevergoeding heeft, pleit reeds niet voor de juistheid dier uitlegging.

Hiertegenover staan zij, die in art. 1401 „onrechtmatige daad" opvatten als „eene handeling in strijd met hetgeen

---

[1]) Over deze bekende vraag zie men laatstelijk het reeds genoemde proefschrift van Mr. J. R. Roelfsema, Groningen, 1893.

[2]) Zoo overweegt de Rechtbank van Eindhoven in haar vonnis van 11 December 1878, *W.* 4149: „dat de wet nergens de verplichting oplegt om niet dan ware feiten te publiceeren".

naar onze begrippen van zedelijkheid en betamelijkheid in eene welgeordende maatschappij behoort gedaan of gelaten te worden." —

„Hij die anders handelt — zoo zegt Prof. Molengraaff, — dan in het maatschappelijk verkeer den eenen mensch tegenover den ander betaamt, anders dan men met het oog op zijne medeburgers behoort te handelen, is verplicht de schade te vergoeden die derden daardoor lijden".

Bij die uitlegging van art. 1401 is het niet twijfelachtig, dat het geven van bewust onware inlichtingen eene „onrechtmatige" daad is. Wij sluiten ons verder bij haar aan.

Het begrip van „onrechtmatige daad" en van „schuld" vloeien bij deze leer ineen. Schuld bestaat, waar dengeen, die handelde, eene tekortkoming kan worden verweten. Wie met opzet onjuiste inlichtingen geeft, begaat zonder twijfel eene zoodanige tekortkoming.

Een tweede eisch in art. 1401 is, dat de onjuiste informatiën schade hebben toegebracht, welke schade moet veroorzaakt zijn door de schuld van den gever der inlichtingen. Bestaat er voldoend causaal verband tusschen de informatiën en de schade? Mag de schade als een gevolg der onware informatiën worden beschouwd? Men kan met vrij groote zekerheid zeggen, dat wanneer de inlichtingen naar waarheid waren gegeven, wanneer was medegedeeld, dat de dienstbode of kantoorbediende gestolen had, wanneer was gezegd, dat de besteller het geleverde sedert jaren niet betaalde, dat dan die personen niet in dienst genomen, de goederen niet op krediet geleverd zouden zijn. De schade was dan vermeden. De onware informatiën zijn niet alleen eene aanleiding, maar de oorzaak van het geleden nadeel.

Naast het geven van bewust onjuiste inlichtingen, staat iets anders. Velen houden het eerste voor ongeoorloofd, maar zien er geen bezwaar in, belangrijke omstandigheden te verzwijgen, wanneer hiernaar niet wordt gevraagd. Ook deze reticentie vormt een onrechtmatige daad. Indien bewezen wordt, dat iemand bij het geven van informatiën eene om-

standigheid verzwegen heeft, die hij verwachten kon en moest, dat door den aanvrager als belangrijk zou worden beschouwd, en op diens besluit invloed zou hebben, maakt hij zich even goed schuldig aan bedrog, als indien hij uitdrukkelijk onwaarheid had gesproken. Bij het geven van informatiën voor indienstneming over iemand, wegens oneerlijkheid ontslagen, moet men dit meedeelen. Niemand is verplicht eene informatie te geven; men kan haar weigeren. Doch willigt men het verzoek in, dan neemt men hierdoor op zich de informatie naar waarheid en volledig te geven, alles mee te deelen, wat men weet, en verwachten kan, dat voor den aanvrager van belang is. De onrechtmatige daad ligt niet in het verzwijgen van eene belangrijke omstandigheid, maar in het des bewust geven van informatiën, die men weet, dat onvolledig zijn, en die men beter kon geven [1]). Wie ze niet geeft te goeder trouw, zooals hij weet, dat ze verlangd worden, wordt aansprakelijk. Niet slechts het zeggen van wat onwaar is, doch ook het met opzet niet zeggen van wat waar is, kan leugen vormen.

Een voorbeeld hiervan levert een vonnis van het Reichsoberhandelsgericht, Band XXIII, n°. 54, bl. 153. Gedaagde had X aan eischer aanbevolen als uiterst solide en zeer respectabel, ten einde hem krediet te doen geven. Eischer deed dit en leed schade, welke hij op gedaagde trachtte te verhalen, op grond dat deze hem X dolose had aanbevolen, daar hij geweten had, dat X vroeger in eene engelsche kolonie failliet geweest was, en hem toen een certificate of conformity (eene soort van rehabilitatie wegens goede trouw) was geweigerd. Zou — zoo werd gevraagd — indien eischer de vroegere handelingen van X gekend had, hij er van teruggehouden zijn, aan X dit krediet te geven? Kon gedaagde begrijpen, dat indien hij die handelingen aan eischer had medegedeeld, deze zijn inlichting, dat X uiterst solide en

---

[1]) Aldus Entsch. d. Reichsgerichts i. Civilsachen, Band XXIII n°. 25 op bl. 137.

hoogst respectabel was, als onwaarheid moest beschouwen? Beide vragen werden bevestigend beantwoord. Wie iemand, van wien hij weet, dat aan dezen vroeger in een faillissement dit certificaat geweigerd is, als kredietwaardig en respectabel aanbeveelt, mag daarbij deze omstandigheid niet verzwijgen.

Het willens en wetens geven van onjuiste inlichtingen, hetzij door mededeeling van onware feiten, hetzij door verzwijging van belangrijke omstandigheden, verplicht tot vergoeding der hierdoor ontstane schade.

De eischer zal intusschen moeten bewijzen, èn dat de gegeven informatiën onjuist waren, èn dat de gedaagde dit wist. Want alleen het geven van onjuiste inlichtingen verplicht niet tot schadevergoeding; hiertoe is bovendien noodig, dat den gedaagde er een verwijt van kunne worden gemaakt [1]).

Maar met het bewijs, dat de gedaagde wist, dat zijne inlichtingen onjuist waren, kan men volstaan. Of hij ze aldus gaf met de bedoeling om den eischer te benadeelen, om zich zelf te bevoordeelen, uit medelijden met den aanbevolene, of waarom ook, dit betreft alleen het motief zijner handeling en heeft op hare onrechtmatigheid geen invloed. *Dat* men liegt, is onrechtmatig, *waarom* men liegt, is onverschillig.

De onjuistheid der informatiën kan ook te wijten zijn, niet aan opzet maar aan nalatigheid of onvoorzichtigheid van hem, die ze gaf. Kan dan schadevergoeding worden verkregen? Indien b. v. de chef eener fabriek over een gewezen arbeider gunstige inlichtingen geeft, hoewel hij niets van hem weet en zich nauwelijks herinnert hem in dienst te hebben gehad, terwijl hij, door een meesterknecht er naar te vragen, had kunnen weten, dat die persoon om wangedrag verwijderd was?

In dergelijke gevallen, waar werkelijk grove nalatigheid of onvoorzichtigheid bestaat, zal de actie op grond van art. 1402 moeten worden toegewezen. Maar reeds bij elk ver-

[1]) Men zie Prof. Drucker, *Rechtsg. Mag.* IX (1890), bl. 604.

zuim recht op vergoeding van schade te geven, gaat niet aan [1]). De feitelijke vraag is telkens of de nalatigheid of onvoorzichtigheid van dien aard is, dat schuld kan worden aangenomen. De rechter heeft te beslissen in elk geval, of de noodige zorg en voorzichtigheid is in acht genomen om de onjuistheid niet als onrechtmatig, den gever niet als nalatig te beschouwen. Hierbij zal hij de verhouding van partijen in aanmerking nemen; nu wordt het van belang, dat deze informatiën niet tegen vergoeding, maar uit welwillendheid worden gegeven. Hij, die vrijwillig als een dienst iemand inlichtingen geeft, is niet verplicht een zelfde mate van zorg in acht te nemen, als hij die dit tegen betaling doet; bij den laatste zal daarom eer schuld aanwezig zijn dan bij den eerste. Ook van den vorm en de bewoordingen hangt veel af. Juist besliste het Hof van Gent, dat men geen aansprakelijkheid kan aannemen in een geval, waarin de aangevraagde had geantwoord: „*semble* bien marcher et mériter un crédit modéré.“ Bij zulke termen is van onvoorzichtigheid geen sprake.

De tweede groep omvat de inlichtingen, gegeven door personen, die samen in handelsbetrekking staan, maar zonder dat daarvoor vergoeding wordt genoten.

Tot deze categorie behooren inzonderheid de informatiën over kredietwaardigheid, meest ingewonnen bij een handelsvriend ter woonplaats van den besteller, of bij een kassier, die zijne meening afleidt uit de gereede betaling van getrokken wissels. Niet altijd is deze informatiegever goed ingelicht, teleurstellingen volgen vaak; de gevallen, waarin de inlichtingen met opzet onjuist waren gegeven, ontbreken niet [2]).

---

[1]) Anders Laurent, l. c. XX, n°. 480: „Le quasi délit existe dès qu'il y a faute la plus légère, la moindre imprudence suffit“, en XXVII, n°. 360.

[2]) Men zie over dit onderwerp: Dr. Hugo Jacoby, *Die Crediterkundigung*, Dissertatie. Berlin, 1891.

Ook wordt in één der laatste afleveringen van Dalloz, *R. P.* 1893—2

De duitsche en fransche rechtspraak leveren hiervan vele voorbeelden [1]). K. wilde zaken gaan doen met S., waarbij

— bl. 97 (4e cahier) een volledig en helder overzicht gegeven van de uitgebreide fransche rechtspraak over kredietinformatiën, inzonderheid ten aanzien van informatiebureaux. Anders dan hierboven, wordt daar bij inlichtingen, die tusschen handelsvrienden *niet* tegen betaling gegeven worden, eene overeenkomst aangenomen, n. l. un mandat non salarié; de verhouding van een informatiebureau en zijn cliënt is dan die van un mandat salarié. Het eerste acht ik niet juist, omdat m. i. daar geen overeenkomst bestaat; immers de wilsovereenstemming tot regelen, vestigen, wijzigen of opheffen van eene rechtsbetrekking ontbreekt, van eene bedoeling om zich te verbinden is bij geen der partijen sprake. Aldus ook Jacoby, § 3, bl. 6. Ook valt niet aan een mandaat te denken — en dit geldt tevens voor het tweede — omdat de gever der inlichtingen deze niet verstrekt in opdracht en namens den aanvrager. De laatste vraagt hem juist iets, wat hij zelf niet weet, wat hij zelf niet kan.

Op bl. 101 van Dalloz, bij de zaak Whitechurch ca. Wijs Muller & Co., vindt men ook vermeld eene reconventioneele vordering van een abonné tegen het bureau op grond, dat dit omtrent een derde ten onrechte *slechte* inlichtingen gegeven had, waardoor de abonné beweerde er van te zijn teruggehouden met dien derde zaken te doen, en daardoor schade te hebben geleden. Die eisch werd echter afgewezen op grond, dat hij niet kon aantoonen door die ongunstige inlichtingen eenige transactie te hebben gemist. Inderdaad zal de rechter hier dit causaal verband niet licht aannemen.

Verder wordt daar besproken, in hoeverre de derde, omtrent wien ongunstige inlichtingen zijn gegeven, het bureau kan aanspreken tot schadevergoeding wegens onrechtmatige daad of beleediging. Op deze vraag thans in te gaan, zou ons te ver voeren.

[1]) Gemakshalve volgt hier eene opgave van de voornaamste uitvoerige duitsche rechtspraak:

R. O. H. G. Bd. IX, n°. 45	R. G. i. C. S. Bd. XIX, n°. 73 — n°. 19
X, n°. 92	XX, n°. 42
XI, n°. 124	XXIII, n°. 25
XIII, n°. 62	XXVII, n°. 28.
XIX, n°. 63	
XXII, n°. 27	
XXIII, n°. 54.	

en *Zeitschr. f Handelsrecht*, Bd. 40 (1892) p. 485: Rechtssprüche ad art. 282 H. G. B. 140 v. Een overzicht der fransche rechtspraak vindt men bij Dalloz *R. P.* 1893—2—97.

deze hem een belangrijk krediet zou moeten verleenen. Dus wees hij de firma Kr. & Sohn aan als een huis, waarmee hij in handelsrelatie stond, en dat zijne kredietwaardigheid bevestigen kon. S. vroeg dus aan die firma — onder belofte van wederdienst — hem inlichtingen te geven over den vermogenstoestand en de soliditeit van K. speciaal, of hij hem zonder gevaar een krediet van eenige duizenden Mark kon geven. Het antwoord was, dat K. een bepaald eerlijk, braaf en vlijtig man was; dat Kr. & Sohn sedert zes jaren met hem handelden en hem ten volle vertrouwden en krediet gaven; terwijl hij zijne verplichtingen steeds prompt nakwam. Vijf maanden later staakte K. zijne betalingen; de failliet verklaring werd geweigerd, omdat er niet genoeg actief was voor de kosten. S. leed eene schade van 6000 M. en sprak hiervoor Kr. & Sohn aan, op grond dat de inhoud van hun antwoord tegen beter weten in bedriegelijk afgegeven was.

De rechter wees den eisch toe, als bewezen aannemende: 1°. dat de inhoud van hun brief niet slechts objectief onjuist, maar ook bewust onwaar geweest was, en verklaard was met het bewustzijn, dat eischer door de dwaling, waarin die brief hem zou brengen, nadeel lijden kon; 2°. dat de inkleeding en toezending van dien brief de schade veroorzaakt had. Het Reichsgericht verwierp de revisie [1]).

Het Hof van Montpellier besliste in denzelfden geest [2]). Gedaagde had een derde aan eischer uit eigen beweging herhaaldelijk aanbevolen, en verzekeringen van diens solvabiliteit gegeven, zelfs gesproken van een vermogen van 200.000 fr. en van een schip, geladen met reeds betaalden wijn.

Het Hof nam aan, dat gedaagde de financieele moeilijkheden, waarin die derde toen reeds verkeerde, had geweten, en in zijn eigen voordeel hem had aanbevolen. Daarom werd hij veroordeeld de schade, die eischer door het faillissement

1) Entsch. d. Reichsgerichts i. Civilsachen, Band XX, n° 42, bl. 190.

2) Hof van Montpellier, 20 Dec. 1889, Dalloz, *R. P.*, 1890 — 2 — 263. Een ander voorbeeld in *Rechtsg. Mag.* II, bl. 383, sub 5°.

van dien derde geleden had, te vergoeden. Het is zeker — zoo wordt gezegd — dat onjuiste inlichtingen geen aanleiding kunnen geven tot eenigerlei eisch tot schadevergoeding, wanneer zij gegeven zijn te goeder trouw en zonder bedoeling om te benadeelen; maar het is even zeker, dat zij de aansprakelijkheid veroorzaken van hem, die ze heeft verschaft onjuist, bewust, met de bedoeling te benadeelen, of voor zijn persoonlijk voordeel.

Evenzeer als reeds vroeger werd aangenomen, dat bij opzettelijk onjuist gegeven inlichtingen in het algemeen ex art. 1401 B. W. vergoeding der schade kan worden gevorderd, zal dit gelden, wanneer dit tusschen kooplieden plaats heeft. Het geven en ontvangen dezer informatiën behoort tot het economisch verkeer; het is geene overeenkomst, maar wel eene rechtshandeling. De inlichting — zegt het Reichsgericht — is naar haren aard in staat om naar haar inhoud het vermogen van den aanvrager te benadeelen of hierop een gunstigen invloed te hebben, zelfs om onder bepaalde voorwaarden verbintenissen te doen ontstaan voor dengeen, aan wiens adres de aanvraag gericht was, en in wiens naam het antwoord gegeven werd.

Van belang voor ons onderwerp zijn ook de inlichtingen en adviezen, die door bankiers en commissionnairs in effecten aan hunne clientèle worden gegeven over de soliditeit van effecten en de kansen op rijzing en daling, in verband met het aan- of afraden van den aankoop. Hiervoor wordt direct gewoonlijk geen betaling genoten; de belooning is vervat in de commissie bij mogelijke orders. Een zelfde verhouding bestaat tusschen de commissionnairs en hunne correspondenten in de beurssteden. En ook hier — het menschelijk geweten schijnt ten aanzien van inlichtingen zeer ruim — ook hier ontbreekt het niet aan gevallen, waarin de raadgevingen onjuist, tegen beter weten in werden gegeven om op de koersen te influenceeren, zoodat uit haar nadeel volgde.

Art. 1401 B. W. zal ook hier kunnen worden toegepast,

wanneer bewezen wordt, dat het advies tegen beter weten in werd gegeven.

Bij bewuste onjuistheid der raadgevingen of inlichtingen geldt hier dus hetzelfde als bij de eerste groep. Een verschil bestaat, waar de onjuistheid alleen aan verzuim te wijten is. Want bij inlichtingen over krediet van den eenen koopman aan den anderen, met wien hij in relatie staat, of bij raad over den koers van effecten door een bankier aan zijn klant, zal een grooter zorgvuldigheid in acht moeten genomen worden dan bij inlichtingen van en aan personen, die elkaar vreemd zijn. Omdat men samen zaken doet, omdat men elkaar onder kooplieden wederkeerig zulke diensten bewijst, kan men hier die zorg verwachten, die kooplieden in hunne zaken plegen aan te wenden. Is deze bij het geven van informatiën en adviezen niet in acht genomen, dan zal de rechter wegens nalatigheid of onvoorzichtigheid het bestaan der schuld kunnen aannemen, die het toewijzen der actie van art. 1402 B. W. mogelijk maakt. Het Hof van Parijs overwoog, dat, indien in principe informaties, gratis verschaft aan den koopman over een koopman door een bankier, geen civiele aansprakelijkheid van dezen laatste zouden kunnen veroorzaken, dit is onder voorwaarde, dat hij geen verzuim heeft begaan, dat hem kan worden aangerekend door toepassing van art. 1382 C. c. [1]).

Uitvoerig is dit punt ook besproken in een vrij recent arrest van het Reichsgericht [2]). Eischer deed met gedaagde zaken; deze kocht en verkocht voor hem belangrijke bedragen aan effecten. In Sept. 1883 schreef gedaagde, een bankiersfirma, aan eischer een brief over de gunstige stemming ter beurze en de oorzaken daarvan, waarin verder stond: „Een zeer levendige handel ontwikkelde zich in Dortmunder-Union-aandeelen. Al steunen ook de verspreide berichten

---

[1]) Hof van Parijs 6 Aug. 1889, Dalloz, *R. P.* 1890 — 2—264.

[2]) Entsch. d. Reichsgerichts i. Civilsachen, Band XXVII, n°. 28, bl. 118; ook vermeld in *Rechtsg. Mag.* X, bl. 576.

omtrent goede dividenden voorloopig nog niet op feitelijke gegevens, zoo wint toch de overtuiging veld (bricht die Ueberzeugung durch), dat de koers naar verhouding der omstandigheden te laag is, en kan eene verdere rijzing verwacht worden."

Eischer zegt door dat bericht gebracht te zijn tot aankoop van die aandeelen tot een groot bedrag. Daling volgde, en hij moest, om nog wat te redden, de aandeelen tegen veel lageren prijs verkoopen. De schade uit dit koersverschil wil hij op den bankier verhalen, wien hij grove schuld ten laste legt; hij beweert, dat ged. den toestand der Union nauwkeurig kende, daar twee harer directeuren deel uitmaakten van het bestuur dier maatschappij, en dat hare opgaven dus als zeer geloofwaardig te beschouwen waren. Verder zegt hij, dat de toestand der Union toen reeds zeer ongunstig was, en dat het eene bedenkelijke miskenning daarvan moet heeten, dat ged., die in beurszaken als een vertrouwd deskundige mag worden beschouwd, op grond van eigen overtuiging den eischer de rijzing van den prijs der aandeelen voorspelde.

Het Reichsgericht behandelde vooral de vraag, welke aansprakelijkheid uit zulk een bericht voortvloeit. Daartoe onderzocht het den juridieken aard der vordering, inzonderheid of hier eene uit overeenkomst volgende verplichting bestond.

In het algemeen — zoo werd gezegd — is iemand voor eene inlichting, welke hij geeft, alleen dan verantwoordelijk, wanneer hij daarbij kwaadwillig handelt. Anders is dit echter, wanneer er tusschen twee personen eene „Geschäftsverbindung" bestaat. Al is deze op zich zelf niets anders dan het toevallig naast elkander bestaan van zaken, welke die personen hebben afgesloten, zoo ontstaat toch daaruit eene betrekking van vertrouwen; het in acht nemen van eerlijkheid en goede trouw wordt tusschen hen in ruimeren omvang en in hoogere mate noodzakelijk dan tusschen lieden, die elkaar geheel vreemd zijn. Hun geheele verhouding wordt door de goede trouw beheerscht, en daardoor krijgen han-

delingen, die anders in rechte indifferent zouden zijn, tusschen hen eene juridieke beteekenis. Dit denkbeeld ligt opgesloten in art. 323 H. G. B. en vindt hier eene nieuwe toepassing. De eene handelsvriend ontvangt de mededeeling van den ander in de overtuiging, dat dezen bij het doen daarvan geen schuld treft, resp. dat hij voor begane fouten (Versehen) aansprakelijk is; de ander weet, dat de eerste zijne mededeeling in dezen zin opvat en naar goede trouw aldus opvatten mag. De handelsvriend is niet verplicht inlichtingen te geven; doch doet hij dit, dan onderwerpt hij zich aan de bestaande opvatting.

Wat nu den brief van de gedaagde betreft, deze bevat wel is waar niet eene uitdrukkelijke aanbeveling van de Union-aandeelen en ook niet de uiting eener eigen meening van gedaagde omtrent de waarde en de kansen op rijzing. Veeleer wordt slechts gerefereerd, wat ter beurze daarover gesproken wordt. In het algemeen zou gedaagde slechts voor de juistheid van dat referaat aansprakelijk zijn. Doch let men op de bestaande relaties eenerzijds en op de nauwe betrekking der gedaagde tot de Union anderzijds, dan valt er op den brief een ander licht. De eischer mocht — tenzij gedaagde haar bericht tot bepaalde feiten beperkte — onderstellen, dat gedaagde hem alle haar bekende omstandigheden, die op zijn besluit konden influenceeren, zoude mededeelen. In dit geval mocht eischer dus aannemen, dat de gedaagde, die tot de Union in nauwe relatie stond, geen reden had te twijfelen aan de juistheid der door haar vermelde opinie van de Beurs. Ja zelfs in den brief, hoe voorzichtig die ook is gesteld, kan men eene aanwijzing vinden, dat de gedaagde niet in meening verschilt met de Beurs; immers zij spreekt niet van „Bildung der Ansicht", dat de prijs te laag is, maar van het „Durchbrechen der Ueberzeugung".

De zaak werd nu naar den rechter in appel teruggewezen om te onderzoeken, of der gedaagde schuld bij het geven der inlichtingen kon worden verweten.

De juridische constructie blijkt nog duidelijker uit een vonnis

in een soortgelijke zaak [1]). Eischer had rumeensche effecten, maar trok de soliditeit dezer belegging in twijfel. Hij vroeg den raad van zijn gewonen commissionnair, die hem aanbeval die papieren te verkoopen en daarvoor in de plaats te nemen 5 °/₀ West-Siciliaansche spoorwegen, er bijvoegende, dat de rente hiervan door den italiaanschen staat was gewaarborgd. Na den aankoop dezer effecten bleek, dat eene dergelijke garantie niet bestond. Eischer vraagt daarom ontbinding van den koop of schadevergoeding. Het Reichsgericht vraagt zich nu af, naar welke beginselen de raadgeving door gedaagde moet worden beoordeeld. Die raad kan — zegt het — niet afgescheiden van het commissiecontract als eene zelfstandige rechtshandeling tusschen partijen worden beschouwd, maar moet worden genomen in samenhang met de verhouding van commissionnair en committent en naar deszelfs regelen. Gedaagde moest dus bij het geven van den raad handelen met de zorg van een behoorlijk koopman. De beginselen van het commissiecontract zijn toepasselijk, omdat tusschen partijen reeds vroeger zaken gedaan werden, waarbij gedaagde als commissionnair voor eischer kocht en hem daarbij met zijn raad bijstond; in dat geval moeten de gevolgen van den raad naar die beginselen beoordeeld worden. Zelfs treedt in dit geval de raad als een integreerend deel van het commissiecontract op, omdat de commissie tot verkoop en de commissie tot inkoop een samenhangend geheel vormen, en de raad van ged. een integreerend deel van deze samenhangende order uitmaakt, wier beginselen ook voor den raad gelden. Heeft nu gedaagde bij het geven van den raad de zorg, waartoe hij als commissionnair verplicht was, in acht genomen? Zoo niet, dan moet hij aan eischer de geleden schade vergoeden. Dit moest nog nader worden onderzocht.

In informatiën tusschen handelsvrienden ziet dus het Reichsgericht wel geen „vertragsmäsziges Verhältniss", en

[1]) Entsch. d. Reichsgerichts i. Civilsachen, Band XIX, n°. 19, bl. 97.

neemt het alleen bij dolus, niet bij culpa lata, de verplichting tot schadevergoeding bij onjuistheid aan, maar breidt het begrip dolus daarbij zeer uit. Voor de aanname van dolus — zegt het [1]) — is echter niet onvoorwaardelijk noodig, dat bewezen worde het bewustzijn van den aanbeveler, dat de gedane opgaven niet met den waren toestand overeenstemmen. Arglist bestaat, wanneer de verklaring „subjectiv wahrheitswidrig" is, d. w. z. gegeven wordt, zonder dat de aanbeveler de overtuiging van de juistheid der meegedeelde feiten heeft. „Subjective Wahrheitswidrigkeit" bestaat ook dan, wanneer de aanbeveler opgaven in positieven vorm doet, die op zich zelf juist of onjuist kunnen zijn, van wier juistheid hij echter niet positief overtuigd is.

Met de leer van het Reichsgericht, dat de raad van den commissionnair aan zijn klant over aankoop van effecten moet worden beoordeeld naar de beginselen van het commissiecontract, dus daarvan een deel uitmaakt, kan ik mij niet vereenigen. De verhouding van committent en commissionnair is òf eene overeenkomst van lastgeving, òf een soortgelijk eigenaardig contract. De raad gaat aan de overeenkomst vooraf; deze volgt niet altijd. Maar komt zij tot stand, waaraan ontleent zij dan de kracht om de voorafgegane handelingen in zich te trekken? De inhoud der aanbeveling wordt geen hoedanigheid van het voorwerp. De opdracht werd niet: koop voor mij *gegarandeerde* W. Sic. spooracties, of Union aandeelen *wier koers zal rijzen*, zoodat men, indien de aandeelen niet gewaarborgd bleken of de koers daalde, zou kunnen ageeren wegens niet behoorlijk nakomen der opdracht. Hetzelfde geldt ook, wanneer de commissie bestond in het verkoopen van stukken en voor de opbrengst aankoopen van andere door den commissionnair aangeradene. Hier ligt de raad evenmin tusschen beide opdrachten in, maar gaat aan beide vooraf, is geen deel der overeenkomst, maar strekt slechts tot haar voorbereiding.

---

[1]) R. G. 25 Maart 1891, *Z. f. H. R.* 40 (1892) bl. 485, nº. 144.

Voor ons recht zal men bij door verzuim onjuiste inlichtingen van den commissionnair over effecten, of van een handelsvriend over kredietwaardigheid, niet uit overeenkomst kunnen ageeren. De verhouding van partijen zal er echter eer toe kunnen leiden wegens nalatigheid en onvoorzichtigheid schuld aan te nemen. In Duitschland, waar de aansprakelijkheid wegens culpa in het algemeen niet bestaat, tracht men dit o. a. door uitbreiding van het begrip dolus te bereiken. De fransche rechter daarentegen grondt zich op art. 1383 C. c. (art. 1402 B. W.). Iemand schreef in op eene premieleening van het Crédit foncier, het bedrag te storten in termijnen. Bij het vervallen van één dezer had hij geen geld beschikbaar en vroeg nu aan zijn agent de change, die de inschrijving bezorgd had, of hij zonder eenig gevaar voor nadeel kon wachten met storten tot den volgenden termijn. Deze antwoordde bevestigend. Voordat de storting is aangevuld, loot één der aandeelen uit met 100.000 frs. Hij wil den prijs innen, maar blijkt geen recht te hebben, omdat hij bij de trekking den laatst vervallen termijn nog niet gestort had. Op zijne vordering veroordeelde het Tribunal de la Seine den agent tot schadevergoeding wegens nalatigheid bij het geven van zijn advies [1]).

Aan de vindingrijkheid van hen, die de bij speculaties geleden verliezen op anderen zoeken te verhalen, stelt de rechter intusschen grenzen. Zoo heeft men te vergeefs getracht finantieele bladen verantwoordelijk te stellen, indien door hen aangeraden transacties op nadeel uitliepen. Een abonné van de *Revue économique et financière* sprak dit blad aan op grond, dat hij door de raadgevingen dezer courant er toe was gebracht fondsen te koopen, bij welke hij schade had geleden. Het Hof van Parijs besliste, dat hij in gebreke was gebleven aan te toonen, ten eerste dat die aanbevelingen voor hem de beslissende oorzaak van dien aankoop waren geweest, hetgeen bij dezen persoon, die veel beurszaken deed, on-

---

[1]) *Le Temps*, 2 December 1892.

waarschijnlijk was, ten tweede dat het blad hem misleid had door mededeeling van leugenachtige berichten, door openbaarmaking van vervalschte statuten, in één woord door manoeuvres „à surprendre son consentement". Integendeel bevatten, naar het oordeel van het Hof, de bedoelde artikelen alleen de mededeeling van min of meer zekere verwachtingen, van min of meer betwistbare opvattingen, die hij kon verwerpen of aannemen. De eisch, die steunde op art. 1382 C. c., werd daarom afgewezen [1]).

De grenslijn wordt hier met juistheid aangeduid tegenover den eischer, die het onderscheid tusschen de aanbeveling en den borgtocht uit het oog verloor. De verantwoordelijkheid uit de aanbeveling bestaat slechts bij bedrog of grove nalatigheid. De raadgeving op zich zelf bevat geen instaan voor hare gevolgen, en kan ook, tenzij het tegendeel duidelijk blijke, niet zoo worden opgevat, omdat dan de speculant alleen kans op voordeel zou hebben, terwijl hij alle nadeel op zijn adviseur zou verhalen.

Wanneer eene courant opzettelijk — b. v. ten gevolge van omkooping — onware finantieele mededeelingen en valsche voorspiegelingen had gedaan, schijnt de fransche rechter er toe over te hellen, hare verantwoordelijkheid aan te nemen. Maar ook dan zal het causaal verband tusschen hare mededeelingen en de handelingen van haren lezer bezwaarlijk aan te nemen zijn.

De leer, dat men voor onjuist gegeven inlichtingen aansprakelijk kan worden gesteld, ook wanneer men die inlichtingen gratis gaf, heeft bij ons intusschen nog geen toepassing gevonden, blijkens een arrest van den Hoogen Raad [2]). Iemand kocht op een publieke veiling ten overstaan van een notaris een schuit. Bij de lezing der conditiën nog niet aanwezig zijnde, vroeg hij den notaris vóór den verkoop, of er ten laste van den afwezigen verkooper nog bevoorrechte

[1]) Hof van Parijs 17 Nov. 1892, Dalloz, *R. P.* 1893 — 2 — 131.
[2]) Hooge Raad 6 April 1883, *W.* 4901. Kantongerecht te Groningen 13 Februari 1882, *W.* 4805.

schulden bestonden, die naar de wet op de schuit konden worden verhaald. De notaris antwoordde stellig ontkennend. Toen nu toch later het schip onder den kooper werd uitgewonnen voor eene schuld van den vorigen eigenaar, vorderde de kooper schadevergoeding van den notaris, stellende dat deze door zijn onjuiste inlichting de schade veroorzaakt had.

De kantonrechter te Groningen oordeelde „dat indien de notaris gesproken had als beweerd was, hij zich inderdaad met eene zaak zou hebben ingelaten waarin hij noch uit hoofde zijner betrekking noch uit anderen hoofde verplicht was zich te mengen, en dat hij reeds daarom in zoodanig geval evenals ieder ander particulier niet voorzichtig zou hebben gehandeld, te minder daar hij de mogelijkheid voorzien kon, dat het antwoord, dat hij gaf, eenigen invloed had op den prijs, dien de bieders wilden besteden . . .", maar vond bewijsvoering onnoodig, omdat het causaal verband tusschen de inlichting en de schade z. i. ontbrak. De rechtbank daarentegen nam dit causaal verband aan, maar oordeelde dat de daad niet viel onder de in artt. 1401 en 1402 B. W. bedoelde handelingen, wijl zij niet wederrechtelijk was. Dit vonnis bevestigde de Hooge Raad. Hij besliste, dat voor den notaris geen wettelijke verplichting tot het geven van inlichtingen over het bestaan van schulden bestond, maar alleen voor den verkooper ex art. 319 j.° 750 Kh.; dat, ten aanzien van het beweren, dat de actie ook steunde op art. 1402 en dat de nalatigheid of onvoorzichtigheid, daar bedoeld, ook verplicht tot schadevergoeding, zelfs al is daardoor geen rechtsplicht geschonden of inbreuk op eens anders recht gemaakt, dit beweren is onaannemelijk, vermits zoowel voor art. 1402 als voor art. 1401 onrechtmatigheid (van de daad of het verzuim) een vereischte is; dat beide artikelen dus omschrijven het damnum injuria datum, en dus alzoo geen van beide toepasselijk is, waar hetzij de daad of het verzuim niet in strijd is met des daders rechtsplicht of inbreuk maakt op eens anders recht.

Door te vorderen, dat eene nalatigheid of onvoorzichtig-

heid moet zijn wederrechtelijk, strijdig met de wet, om grond tot schadevergoeding te geven, wees de Hooge Raad hier den eisch af. Het is hier niet de plaats die leer uitvoerig te bestrijden. Waar wij echter meenen, dat reeds eerder, bij verzuim van die zorg die een mensch in zaken behoort in acht te nemen, art. 1402 kan worden ingeroepen, kunnen wij met die beslissing niet meegaan. Een wettelijke verplichting tot inlichtingen geven voor den notaris bestaat niet. Doch hij leidt den verkoop als een zaakkundige, als een man van de wet. Inlichtingen kan hij weigeren; maar geeft hij ze, dan brengt de positie, die hij bij een verkoop inneemt, mee, dat hij dit doen moet met zorg. Hij kon den vrager hebben gewezen op de verplichting van den verkooper, hem naar dezen hebben verwezen. Maar door als notaris mee te deelen, als positief waar, dat op de zaak geen schulden kleven, zonder hiervan zeker te zijn en zich van de waarheid te hebben overtuigd, pleegt hij een verzuim, voor welks gevolgen hij volgens art. 1402 B. W. aansprakelijk moet worden gesteld [1]).

De gevaren, die uit het geven van inlichtingen kunnen ontstaan, tracht men o. a. in Duitschland vooral bij informatiën over kredietwaardigheid te ontgaan door toevoeging eener uitdrukking: „selbstredend ohne unser Obligo [2])", „ohne Obligo", „ohne Praejudiz".

[1]) Mr. Treub, *Over de civielrechtelijke verantwoordelijkheid van den notaris*, 's Gravenhage, 1887, bl. 28, verdedigt ten aanzien van den notaris eene andere meening. Hij neemt alleen zijne aansprakelijkheid ex artt. 1401 en 1402 B. W. aan, „wanneer hij nalaat te doen of niet behoorlijk doet wat de wet hem oplegt, of doet wat de wet hem verbiedt." Dat is gevolg van Mr. Treub's gevoelen, dat men alleen dan „schuld" mag aannemen, indien de daad of het verzuim in strijd is met des daders *rechtsplicht* (noot 2). *Hij* neemt als criterium, hetgeen „een nauwgezet *wettelijk* notaris" behoort te doen; *wij* hetgeen een nauwgezet notaris behoort te doen. Zoo erkent hij geene wettelijke aansprakelijkheid, indien de notaris verzuimd heeft de akte van overdracht van het te zijnen overstaan verkochte onroerend goed te doen in- of overschrijven (bl. 35).

[2]) Entscheid. d. Reichsgerichts i. Civilsachen, Band XX, n°. 42, bl. 190.

Welke waarde kan hieraan worden gehecht? Mijns inziens geene. Volgens duitsch recht staat men alleen in voor dolus; uitsluiting der aansprakelijkheid wegens dolus is ongeldig als in strijd met de goede zeden. Als verklaring, dat men niet voor de waarheid der informatiën wil instaan, is zij overbodig, want in het geven van zulke inlichtingen ligt zulk een instaan niet. Zoo zegt een vonnis [1]: De aan de aanbeveling van iemand als kredietwaardig toegevoegde woorden: „Ohne Obligo", bevrijden niet van de aansprakelijkheid. Daarin ligt een eenzijdige verklaring, die men alleen aldus opvatten kan, dat de aanbeveler niet het zoogenaamde del credere voor den aanbevolene op zich nemen wil.

In ons recht kan vergoeding van schade, geleden door onjuiste informatiën — behalve bij inlichtingen tegen betaling — alleen worden gevorderd met de acties van artt. 1401 en 1402 B. W., dus voor zoover die onjuiste informatiën vormen een onrechtmatige daad. Die verbintenis komt tot stand ook tegen den wil van den gebondene. Eene toevoeging, dat hij niet wil gebonden worden door zijne inlichtingen, „ohne Obligo", heeft ook bij ons in rechte geen beteekenis.

Bij de derde groep van adviezen en informatiën, van die n.l., welke tegen betaling gegeven worden, bestaat tusschen partijen een contractueele band. Het geven van den raad of de inlichting kan vormen den geheelen inhoud der overeenkomst, of zijn een deel der verplichtingen, die uit haar volgen.

Het eerste heeft plaats bij den advocaat, waar deze adviezen geeft. Voor de bewering, dat hij nooit aansprakelijk zou kunnen worden gesteld voor zijne adviezen, bestaat geen grond. Natuurlijk, hij is geen lastgever van zijn cliënt. Handelt deze op advies van zijn rechtsgeleerden raadsman tegen een derde, die derde zal niet tegen den advocaat kunnen ageeren, en de cliënt zich tegenover den derde niet op het bekomen advies kunnen beroepen. Maar de verhouding

---

[1]) O. L. G. Celle 19 Jan. 1889, *Z. f. H. R.*, 40 (1892) bl. 485 n°. 140.

van advocaat en cliënt wordt beheerscht door de gewone algemeene regelen voor overeenkomsten. Zij vormt een eigenaardig, niet speciaal in de wet geregeld contract. Wordt opzettelijk en tegen beter weten in een onjuist advies gegeven, de cliënt zal mogelijke schade kunnen verhalen door hetzij de actie wegens onrechtmatige daad, hetzij de vordering uit overeenkomst in te stellen. Die keuze heeft hij, waar het bedoeld advies van dien aard is, dat het, ook afgezien van den contractueelen band, een onrechtmatige daad zou zijn [1]).

Ook buiten het geval van bedrog kan het opvolgen van het ontvangen advies schade veroorzaken. Niet bij elk advies, dat later blijkt onjuist te zijn, kan men vergoeding vorderen, in den regel zelfs niet. Vooral over twijfelachtige punten wordt de advocaat geraadpleegd. Geeft hij dan naar beste weten en te goeder trouw het advies, dat hij voor juist houdt op grond zijner wetenschappelijke overtuiging, dan is hij vrij van schuld, al deelt de rechter zijne meening niet. Anders echter, indien de cliënt bewijst, dat zijn raadsman hem — zij het dan ook te goeder trouw — een advies heeft gegeven, dat deze kon weten en behoorde te weten — b. v. om blijkbaren strijd met de wet — dat onjuist is. Hier zal de cliënt vergoeding van schade kunnen eischen op grond van niet behoorlijk nakomen der overeenkomst. Een werkman, die zich als bekwaam in eenig vak uitgeeft, maar door blijkbare onkunde zijn werkgever schade veroorzaakt, is hiervoor aansprakelijk (art. 1375 B. W.). Art. 1645 B. W. past dit toe op den bouwmeester of aannemer. Er is geen reden, waarom dit beginsel niet ten aanzien der zoogenaamde „liberale" beroepen zou gelden [2]). Een rechtsge-

---

[1]) Men zie prof. Drucker in *Rechtsg. Mag.*, VI (1887) bl. 79.

[2]) Men zie Dernburg, *Pandekten*, Band I § 86 Anm. 9 (1888): „Ein sorgfältiger Mensch übernimmt nur, was er versteht und kann", en de daar aangehaalde L. 9 § 5 Dig. locati 19, 2, en L. 8 § 1 Dig. ad legem Aquiliam 9, 2.

Mr. Treub (t. a. p. bl. 60) acht den regel: imperitia culpa est in eo

leerde, die zich voor het geven van adviezen beschikbaar stelt, moet een behoorlijke kennis van de wet bezitten; hij wordt geacht door de aankondiging, dat hij dit beroep uitoefent, tevens te kennen te geven, bij de uitoefening die

---

qui artem profitetur, niet toepasselijk op den notaris als raadgever enz. De notaris handelt hier — zoo zegt hij — niet als ambtenaar, maar „als particulier, en behoeft van niet meer rechtskennis blijk te geven, dan verwacht mag worden niet van iederen notaris, maar van iederen ingezetene." 't Laatste is o. i. onjuist: men mag van hem verwachten eene mate van rechtskennis als die ingezetenen behooren te bezitten, die zich voor het geven van rechtsgeleerden raad beschikbaar stellen. Terecht wordt dit deel van Mr. Treub's werkje bestreden door den aankondiger in *Rechtsg. Mag.* VI (1887) bl. 349. Voor handelingen van deskundigen nemen Rechtbank en Hof van Amsterdam, *W.* 5216, dien regel aan. De Rechtbank te Gorinchem 6 Juni 1863, *W.* 2494, overwoog ten aanzien van een zaakwaarnemer: „dat bovendien ter bestrijding van des appellants bewering in aanmerking komt de toepassing van twee in het algemeen en ten allen tijde aangenomen beginselen: het eene, dat ieder bij het vrijwillig aangaan van verbintenissen, zich behoort te vergewissen ten opzichte van de gesteldheid van den persoon, aan wien hij zich verbindt; en het andere, dat onkunde, wanbegrip en onbedrevenheid alleen ter verantwoording zijn van hen, die zich eenige verdienste toeschrijven, ten gevolge van welke regelen de appellant, zoo hij ten gevolge van des geïntimeerden onkunde en wanbegrip, schade mocht hebben geleden, dit alleen heeft te wijten aan zijn eigen daad, te weten, dat hij met voorbijgang van den bijstand van rechtsgeleerden of rechtsbeambten de behartiging zijner zaak onbezoldigd heeft opgedragen aan den geïntimeerde, die niet behoort tot een stand of maatschappelijke betrekking, welke een waarborg of gegrond vermoeden oplevert van rechtskennis."

Het komt mij voor, dat in 't algemeen zaakwaarnemers wel behooren tot diegenen, die „zich eenige verdienste — (i. c. wetskennis) — toeschrijven", zoodat ook zij voor hunne onkunde verantwoordelijk zijn. Want dit *zich toeschrijven* van verdienste komt voor ook bij anderen dan bij hen, wier stand of betrekking een *waarborg of gegrond vermoeden van rechtskennis* oplevert. Wie zich die kennis toeschrijft, verplicht zich tevens haar aan te wenden bij werkzaamheden, waarbij zij noodig is. Wie technische werkzaamheden verricht en zich als hiervoor geschikt uitgeeft, terwijl hij het niet is, handelt culpoos. Eerst wanneer iemand uit hen, die het te verwachten minimum kennis bezitten, een dom in plaats van een bekwaam persoon heeft gekozen, geldt de regel dat hij slechts de se queri debet.

kennis te zullen aanwenden, die men van een advocaat als minimum mag eischen. Wendt hij die kennis niet aan, dan komt hij de overeenkomst met zijn cliënt niet behoorlijk na, en wordt aansprakelijk. Vestigt iemand zich zonder die kennis, hij doet dit suo periculo en moet de gevolgen dragen. Het beroep op eene wetenschappelijke overtuiging baat niet; eene wetenschappelijke overtuiging, die niet op wetenschap, maar op onkunde steunt, kan niet disculpeeren [1]) [2]).

In het reeds genoemde vonnis [3]) besliste de Haagsche kantonrechter anders ten aanzien van een door een deurwaarder gegeven raad. Een huiseigenaar draagt aan een deurwaarder op om òf conservatoir beslag te leggen op den inboedel van zijn huurder N., òf verzet te beteekenen aan een schuldeischer van N. en diens deurwaarder, namens wien de inboedel van N. gerechtelijk zou worden verkocht. De deurwaarder raadde hem — naar eischer stelde, tegen beter weten in — aan het eerste niet te doen om de hooge kosten, maar het laatste, en dit wel na afloop van den verkoop. Toen echter kon dit niet meer, daar art. 457 B. Rv. uitdrukkelijk beveelt, dat dit verzet vóór den verkoop moet geschieden. Eischer leed hierdoor schade, daar hij de

---

[1]) De aansprakelijkheid van procureurs en notarissen blijft hier buiten bespreking, omdat deze in den regel hunne *handelingen* betreft; hier is alleen van *raad* sprake. Over procureurs zie men o. a. de hier verdedigde leer in een vonnis der Rechtbank te Amsterdam 16 April 1885, *W.* 5278, en Laurent, t. a. p. XX, n°. 484, 505--514, 519. Over notarissen eene conclusie van Mr. Hanlo in *W.* 5265; Laurent XXVII, n°. 361—376, en het genoemde geschrift van Mr. Treub.

[2]) Art. 58 B. Rv. heeft meer het geval op het oog, dat advocaten, procureurs en deurwaarders in de gerechtskosten worden veroordeeld, of dat zij aan hunne tegenpartij schade veroorzaken, en stelt hen hiervoor aansprakelijk *jegens deze*. Dit blijkt uit de slotwoorden: „zonder die op hunne principalen te kunnen verhalen." Deze woorden geven aan het art. een andere beteekenis dan art. 132 C. d. P. heeft; daarin komt die zin niet voor, en evenmin het woord „avocats" in den aanhef. Uit die woorden volgt, dat hier van schadevergoeding van den advocaat aan zijn eigen cliënt geen sprake is.

[3]) Kantongerecht te 's Gravenhage 31 October 1853, *W.* 1554.

verschuldigde huur niet kreeg, waarvoor hij anders bevoorrecht zou zijn geweest, en vorderde nu vergoeding van den deurwaarder. Hoewel het niet duidelijk werd gezegd, scheen de eisch te steunen op art. 1401 B. W., daar gesteld werd „moedwillig plichtverzuim". De kantonrechter wees den eisch af, overwegende: „dat hoedanig ook de raad moge geweest zijn, dien de gedaagde aan den eischer gegeven heeft (omtrent welks waarde de rechter geen onderzoek behoeft te doen) het geven van raad nooit aansprakelijkheid in regten veroorzaakt"....

Blijkens het voorgaande kan ik mij met deze uitspraak niet vereenigen, ten minste niet met de aangehaalde overweging. Indien de raad tegen beter weten in gegeven was, vormt dit bedrog, in ieder geval had de rechter den eischer moeten toelaten dit te bewijzen. Terecht werd m. i. de eisch afgewezen, indien de onjuistheid slechts aan onkunde of verzuim te wijten was, omdat de vordering rustte op een onrechtmatige daad. Want al wenscht de wetgever bij deurwaarders eenige kennis van de wet en van de door haar bevolen formaliteiten (art. 4 Regl. n°. IV), hij onderstelt tevens, dat die kennis een onvolledige is, daar hij haar niet als absoluut vereischte stelt. Een deurwaarder, die een onjuisten, met de wet strijdigen raad geeft, mag daarom niet gerekend worden in een zoodanig verzuim te zijn, dat de nalatigheid van art. 1402 B. W. bestaat.

Maar waarschijnlijk had de deurwaarder hier raad gegeven tegen vergoeding, zoodat een overeenkomst tusschen hem en den eischer had bestaan. Een actie uit overeenkomst had m. i. meer kans van slagen gehad. De wettelijke taak van den deurwaarder beperkt zich tot verrichtingen in opdracht van anderen. Geeft hij daarenboven tegen betaling raad, zoo moet hij hierbij een behoorlijke wetskennis aanwenden. Hij zal niet zoo spoedig wegens de onjuistheid van zijn raad en de onvoldoendheid zijner wetskennis aansprakelijk zijn als de advocaat, omdat hij, die zich tot een deurwaarder wendt, deze in geringere mate kan verwachten; maar de

mogelijkheid hiervan, inzonderheid waar het als in casu betreft een raad omtrent beteekeningen, die tot zijne dagelijksche werkzaamheden behooren, en waarvan hij dus licht op de hoogte kan zijn, is niet uitgesloten. Bij het geven van adviezen moet hij een zekere zorg aanwenden, wier ontbreken, als in dit geval, hem aansprakelijk maakt.

Ook op ander gebied, wanneer iemand zich voor deskundige uitgeeft, zal hij zijne adviezen met een behoorlijke zorg moeten geven, en wordt hij anders aansprakelijk. Dit geldt o. a. voor den kunstkooper, die bij den aankoop van een kunstvoorwerp tegen betaling wordt geraadpleegd [1]).

Inlichtingen tegen betaling worden in de laatste jaren vooral gegeven door handelsinformatiebureaux. In verband met het veranderd karakter van den handel hebben deze een nieuw bedrijf in het leven geroepen. Zij zijn wel te onderscheiden van die oudere informatiebureaux, die inlichtingen over moraliteit, levensgedrag, enz. van personen inwinnen, de engelsche private detective offices; deze staan vaak min gunstig bekend, terwijl gene voor het handelsverkeer belangrijke instellingen zijn geworden. De laatsten geven alleen inlichtingen over kredietwaardigheid, werken in ruimen kring en zijn door hunne uitgebreide connecties in staat overal en vlug de gewenschte informatiën te leveren.

Die inlichtingen worden gegeven, hetzij alleen aan abonnés, hetzij aan ieder, die ze vraagt, tegen betaling. Tusschen de bureaux en hunne klanten bestaat dus een contractueele band, doorloopend, of voor ééninaal. Zij geven de gewenschte inlichting en ontvangen hiervoor betaling. Indien uit onjuistheid der gegeven informatiën de aanvrager schade lijdt, zoo kan hij het bureau tot vergoeding aanspreken met dezelfde rechtsmiddelen, die ten aanzien van den advocaat (bl. 550 v.) werden genoemd: bij opzettelijk onjuiste inlichtingen de actie van art. 1401 of die uit overeenkomst naar keuze; anders alleen

[1]) Men zie een vonnis van het O. L. G. Oldenburg 16 Maart 1887, in *Z. f. H. R.* Bd. 40 (1892) bl. 485, n°. 141.

de laatste. Want het informatiebureau is uit zijn contract verplicht bij het geven zijner inlichtingen behoorlijke zorg in acht te nemen. Van hem, die zijn beroep maakt van het geven van informatiën tegen betaling, kunnen de noodige voorzorgen geëischt worden, dat hij juiste mededeelingen doet. Daarom zal de rechter hier eer dan elders kunnen aannemen een niet behoorlijk nakomen der overeenkomst door schuld, daar namelijk waar de abonné aantoont dat het bureau niet heeft geweten, wat het kon en behoorde te weten.

Aldus oordeelde — alleen anders voor den bewijslast — het O. L. G. van Celle [1]): „ofschoon de eenvoudige aanbeveling van een persoon als kredietwaardig met eenen zuiveren raad gelijkstaat, en dus bij gebreke van een daartoe strekkende verklaring, dat men eene verplichting op zich wil nemen, in den regel niet bindt, is het laatste toch wel het geval, wanneer de informatiën als beroep (gewerbsmässig) tegen betaling gegeven worden; dan bestaat een „obligatorisches Verhältniss (Dienstmiethe)" en dit verplicht tot zorg — en wanneer het aan beide kanten tot de uitoefening van het handelsbedrijf hoort, tot de zorg van een behoorlijk koopman. Daarover, dat deze zorg is aangewend, rust de bewijslast op hem, die inlichtingen gaf".

Informatiebureaux trachten zich tegen die verantwoordelijkheid voor hunne inlichtingen te beschutten door clausules in de overeenkomst. Een bekend Rotterdamsch bureau heeft in zijne voorwaarden: „Onjuistheden met of zonder nadeelige gevolgen voor aanvrager of aangevraagde zijn geheel te goeder trouw, en dus zonder verantwoordelijkheid voor het Bureau". De plechtige verklaring, dat alle onjuistheden te goeder trouw zijn, sluit natuurlijk het bewijs van het tegendeel niet uit, en heft de aansprakelijkheid bij dolus niet op. Anders ten aanzien van het niet in acht nemen der noodige

---

[1]) O. L. G. Celle 19 Januari 1889, *Z. f. H. R.* Bd. 40 (1892) bl. 485 n°. 140.

zorg. Op de voorwaarde, dat men voor mogelijke schade niet zal mogen worden aangesproken, zal de vordering uit overeenkomst, gegrond op het niet in acht nemen van behoorlijke zorg, afstuiten.

Ook kooplieden en bankiers geven somtijds tegen betaling informatiën. Dit geschiedt meest aldus, dat hij, die de inlichtingen vraagt, in zijn schrijven een bedrag aan postzegels insluit, ten deele om het port van het antwoord te dekken, ten deele om te dienen als belooning voor de te geven informatie. Vooral informatiebureaux zelf handelen aldus, wanneer zij bij hunne correspondenten of bij anderen de inlichtingen, waarom hunne abonnés hun vroegen, trachten te krijgen. Hij die, deze vergoeding behoudende, de gevraagde inlichting geeft, gaat hierdoor eene overeenkomst aan, en staat ten opzichte zijner aansprakelijkheid met informatiebureaux gelijk.

Onderzoek naar en inlichtingen over kredietwaardigheid komen ook voor, waar iemand als agent tot taak heeft voor zijn elders wonenden principaal afnemers te zoeken of zelf contracten af te sluiten. Meermalen werd beslist, dat de agent, waar hij iemand aan zijn principaal aanwijst als geschikt om mede in handelsrelatie te treden, moet geacht worden behoorlijk onderzoek naar diens kredietwaardigheid te hebben gedaan, en aansprakelijk wordt bij schade, wanneer hij dit nagelaten heeft. Een vonnis van het R. O. H. G. [1]) zegt o. a.: De gedaagde staat als agent niet gelijk met elk ander, die inlichtingen geeft. Uit de verhouding van een handelshuis en zijn elders aangestelden agent volgt, dat de agent ook de kredietwaardigheid der afnemers, speciaal waar op krediet wordt verkocht, moet onderzoeken. Men mag dit aannemen, omdat het niet in het belang van het handelshuis zijn kan, om maar in 't algemeen zaken te doen, maar dit slechts aan solvabele afnemers wil verkoopen, en

[1]) Entsch. d. R. O. H. G., Band XXII, n°. 27, bl. 117. Eveneens Entsch. d. Reichsgerichts i. Civilsachen, Band XVIII, n°. 18, bl. 112.

er op rekent en rekenen moet, dat de betaling zal volgen. Dit is ten minste regel. Dus wordt van den agent verwacht, dat hij alleen aan zulke afnemers verkoopt, omtrent wier kredietwaardigheid geen twijfel bestaat. Dit geldt ook, waar de agent de verkoopen niet zelf sluit, maar alleen koop-offertes zoekt en deze aan zijn principaal overbrengt, terwijl deze zelf over de al of niet aanname beslist; want de elders wonende verkooper is in den regel heelemaal niet of toch slechter dan zijn agent daar ter plaatse, bij wien men kennis der plaatselijke toestanden en der betrouwbaarheid der daar in zijne branche handelenden verwachten mag, in staat die kredietwaardigheid te beoordeelen. Tegen de offertes, die de agent dus zonder nadere toelichting overmaakt, kan hij aannemen, dat deze geen bedenking heeft. Zulk een agent heeft zich stilzwijgend verplicht zijn huis slechts met kredietwaardige personen in aanraking te brengen en geen zaken voor te stellen, wanneer de omstandigheden des koopers aanleiding tot bedenking geven, en reeds bij twijfel deze te vermelden, zoodat eenvoudige overbrenging eener offerte de verzekering bevat, dat de kredietwaardigheid van den kooper buiten twijfel is.

Aan den anderen kant bevat deze verplichting van den agent, waar hij niet uitdrukkelijk het del credere op zich nam, niet een *instaan* voor de solvabiliteit der aanbevolen koopers. Voor het gevolg zijner inlichtingen staat hij niet in; dit volgt reeds uit de onzekerheid, die allen bronnen over de kredietwaardigheid van een koopman aankleven. Krediet berust op gevolgtrekkingen uit hetgeen over personen, vermogen enz. bekend is en te voorschijn treedt. Reeds deze feitelijke grondslag is onzeker; de op haar gebouwde conclusies geven geen absoluut zekere uitkomst, daar zij reeds naar den persoon des beoordeelenden verschillen. Op de absolute waarheid der inlichtingen kan men dus nooit bouwen: de mogelijkheid eener vergissing of dwaling mag niet worden vergeten en een zekere speelruimte moet aan het subjectief oordeel worden gelaten.

Maar in dit geval had de agent als zeker meegedeeld o. a. dat de aanbevolene een nieuwen associé met een inbreng van 21.000 M. had gekregen. Eischer kon nu aannemen, dat de agent zich door zekere middelen, als b. v. inzage van het handelsregister, had overtuigd van de juistheid dier mededeeling. Hieromtrent was dwaling geen excuus; het handelsregister vermeldt dit intreden in de firma niet, en dus is gedaagde, als hij niet aantoont, dat dit toch waar is, in verzuim, omdat hij dan zijne mededeeling niet rechtvaardigen kan. Hij erkent trouwens, dat die persoon weer spoedig uitgetreden is; het feit, dat hij dit toen niet aan zijn principaal meldde, vormt ook een verzuim, voor welks gevolgen hij verantwoordelijk is.

Wat hier is gezegd, geldt ook bij ons. Behoudens bijzondere bepalingen in het dienstcontract mag de principaal, wanneer de elders wonende agent voor hem een contract afsluit of een offerte overbrengt, aannemen, dat de agent aan de kredietwaardigheid niet twijfelt, en hiernaar behoorlijk onderzoek heeft gedaan. Bij verzuim kan de principaal met de vordering uit de overeenkomst vergoeding voor geleden schade van zijn agent vorderen.

De verplichting van den agent om bij het geven van inlichtingen met voorzichtigheid en zorg te werk te gaan, nam het Hof van Amsterdam aan bij het arrest van 29 Juni 1883, *W.* 4989. De ingenieurs Mijnssen & C°., generaal-agenten der firma Nothier & C°. te Mannheim, hadden voor de inschrijving op eene leverantie van ijzerwerk voor de directie der Staatsspoorwegen, te leveren franco Liers, hunnen principalen inlichtingen gegeven over de invoerrechten, die op die leverantie zouden vallen. Zij hadden bij die berekening aangenomen, dat Liers in Nederland lag; bij de levering bleek het een plaatsje in België te zijn, waardoor de firma Nothier & C°. ruim *f* 3000 voor invoerrechten meer moest betalen dan berekend was. Dit bedrag vorderde zij van hare agenten terug, welke eisch door het Hof werd toegewezen, op grond „dat de agent, vertegenwoordiger

of lasthebber voor de richtige behartiging der hem toevertrouwde belangen als een goed huisvader zorgen moet, vooral als hij, zooals hier, provisie geniet, en dat elke dwaling, welke hij gemakkelijk had kunnen vermijden, als eene fout of verzuim te beschouwen is".

Er is nog velerlei in de practijk ten aanzien van raadgeving en informatiewezen, dat met het hier geschrevene niet overeenstemt. De goede trouw neemt daar nog niet altijd de plaats in, welke haar toekomt. De rechtspraak kan hierin verbetering brengen; men mag dit van haar verwachten, ook zonder in te stemmen met wat Laurent (XX n°. 478) zegt: „On ne se fait aucun scrupule de donner des renseignements inexacts; c'est à la justice d'apprendre aux hommes à être consciencieux. La jurisprudence est en ce sens, mais parfois trop indulgente, sans doute parce que les juges se sentent eux-mêmes coupables de la faute qu'ils sont appelés à condamner. Notre niveau moral est encore bien bas!"

Exposé de la Jurisprudence française en matière de droit commercial international [1]),

PAR

E. DRAMARD,

Conseiller à la Cour d'appel de Limoges.

---

125. — L'art. 33 de la loi du 10 juillet 1885 porte: „La vente volontaire d'un navire [français] grevé d'hypothèques, à un étranger, soit en France, soit à l'étranger, est interdite. Tout acte fait en fraude de cette disposition est nul." Le changement de pavillon dénationalise le navire et est l'indice d'une vente. Dans cet ordre d'idées, et dans l'espèce dont il est question au nº précédent, le gérant de la légation française à Port-au-Prince s'était opposé à la substitution du pavillon haïtien au pavillon français porté par les navires de la compagnie Morelli. Celle-ci présenta au Ministre de la Marine et à celui des Affaires étrangères une demande en liquidation de l'indemnité qu'elle prétendait lui être due par l'Etat à raison de la faute qu'elle imputait au consul français de Port-au-Prince. Cette demande fut rejetée. Sur le pourvoi devant le Conseil d'Etat, au contentieux, cette juridiction décida, le 1er août 1890, que l'acte par lequel un consul s'oppose à laisser un navire français, grevé d'hypothèques, amener le pavillon national et le remplacer par un autre pavillon dans un port étranger, rentre dans les pouvoirs de cet agent pour assurer l'exécution de la loi du 10 juillet 1885 et ne saurait donner ouverture à une action en responsabilité contre l'Etat (*Rec. des Arr. du C.*

---

[1]) V. *Rechtsgeleerd Magazijn*, ci-dessus p. 410 s. — Par suite d'une erreur les alinéas 125, 126 et 127 qui se rattachent au chapitre premier ont été omis dans le précédent article qu'ils complètent.

d'Et. 1890 p. 729. — *Pandectes franç.* 1890, 4,41) [1]. — Remarquons toutefois que la vente dans un port étranger ne détruit pas toujours la nationalité du navire vendu. S'il est vendu à un étranger, oui: mais s'il passe des mains d'un français en celles d'un autre français, restant navire français, il demeurera grevé des mêmes charges hypothécaires qu' avant la vente. Dans ce cas, d'ailleurs, il n'y aurait pas changement de pavillon (Desjardins, *Dr. Com. et Marit.* t. 5, p. 388. — *Dall. Rép. Suppl.* n°. 537).

126. — Inversement, un navire étranger, acheté à l'étranger, peut être grevé d'hypothèques au moment où il est vendu à un français. Par application du même art. 33, francisation du navire n'anéantit pas en principe ces hypothèques; mais les créanciers étrangers doivent, pour les faire valoir, requérir du consul français, l'inscription des hypothèques sur le congé provisoire de navigation, afin d'être reportées sur les registres du receveur des douanes du lieu où le navire devra être immatriculé (Cf. Cass. 25 nov. 1879, *D. P.* 80, 1, 56 et Grenoble [sur renvoi] 11 mai 1881, *D. P.* 83, 2, 65 et la dissertation de Levillain, *Rép. Dall.*, *Suppl.* v° *Droit marit.*, n° 543).

127. — *Nantissement.* — La Cour de Cassation, chambre civile, par arrêt du 9 juillet 1877, et sur cassation, la Cour de Caen, par arrêt du 7 février 1878, ont décidé que l'acte de nantissement sous forme de vente, passé en Angleterre dans la forme de la loi du pavillon était valable à l'egard d'un navire anglais, même mouillé dans les eaux françaises. Il s' agissait d'un navire vendu par un constructeur anglais suivant acte passé en Angleterre, conformément aux formes usitées en ce pays. Le navire fut livré et conduit au Hâvre qui devait devenir son port d'attache; mais le vendeur avait stipulé qu'il pourrait s' opposer à la francisation du navire jusqu' à ce que le prix en fût inté-

---

[1]) V. l'épilogue de cette curieuse affaire dans un arrêt de Nîmes du 27 mai 1890, *D. P.* 91, 2, 38.

gralement payé. L'acquéreur étant tombé en faillite, le syndic prétendit faire effectuer à la douane du Hâvre la francisation du navire au profit des créanciers de la faillite, et ensuite en poursuivre la vente. C'est dans ces circonstances de fait qu'il fut décidé: 1° que le nantissement d'un navire sous forme de vente est valable, et que l'acte de vente, étant passé en Angleterre, peut être fait devant notaire, hors la présence de l'acquéreur; il suffit que celui-ci ait manifesté son acceptation en faisant opérer l'enregistrement de l'acte à la douane française. 2° La remise de possession d'un navire donné en gage, est suffisamment constatée, même à l'égard des tiers, par l'enregistrement en douane. 3° La congé provisoire délivré en douane, produit le même effet, au point de vue du nantissement du navire, que l'acte de francisation; c'est-à-dire que dans ce cas, à défaut de francisation du navire et d'inscription du propriétaire sur les registres de la douane, l'obtention par le créancier gagiste d'un congé provisoire indiquant ce créancier comme unique propriétaire, constitue la mise en possession du créancier gagiste exigée pour la validité du nantissement (art. 1138, 2076 C. civ.; 92, 190, 192, 195 C. com. — *Sir.* 1877, 1, 369 et la note; 1879, 2, 6. — *D. P.* 1877, 1, 417. — *Jal. de droit intern. pr.* 1878 p. 337.

Chapitre 2nd. Des propriétaires et armateurs; du capitaine et des gens de mer.

§ 1. Responsabilité du propriétaire et armateur du fait du capitaine.

128. — La responsabilité du propriétaire et celle du capitaine sont de natures différentes, distinctes et indépendantes l'une de l'autre. Aux termes de l'art. 216 du C. de Comm., modifié par la loi du 14 juin 1841, le propriétaire est responsable des faits du capitaine aussi bien pour les dettes, nées des contrats passés par lui, que pour celles qui résultent de son délit ou de son quasi-délit pour faits se ratta-

chant à l'exercice de sa profession et à l'exécution de son mandat et quand il agit en qualité d'intermédiaire entre le propriétaire et les tiers. Mais le propriétaire peut s'affranchir de cette obligation par l'abandon du navire et du frêt. Plusieurs législations étrangères, notamment le code hollandais, sont conformes au droit français; mais quelques autres s'en écartent plus ou moins. La loi fédérale des Etats-Unis admet bien que la responsabilité du propriétaire ne peut pas dépasser la valeur du navire et du frêt lorsqu'il s'agit des fautes du capitaine; mais quant aux contrats passés par lui en vertu du mandat qu'il tient du propriétaire, celui-ci en est tenu aussi bien sur sa fortune de terre que sur celle de mer. Il en est de même en principe dans la législation anglaise. La diversité des lois sur cette matière peut faire naître des difficultés. A quelle législation doit on se référer pour déterminer dans quelle mesure le propriétaire d'un bâtiment étranger est tenu envers les tiers à raison des faits du capitaine ou des contrats conclus par lui pour les besoins de l'expédition? „Nous croyons, disent MM. Lyon-Caen et Renault (t. 2, p. 60, note), qu'il y a lieu d'appliquer la loi du pavillon, c'est-à-dire la loi du pays auquel appartient le navire du propriétaire responsable. Il serait injuste et dangereux pour les propriétaires, de faire varier l'étendue de leur responsabilité avec la loi du pays où, par hasard, le navire est saisi. Les effets du mandat donné au capitaine doivent être déterminés d'après la loi sous l'empire de laquelle il a été donné.“ V. aussi un article de Lyon-Caen, dans le *Journ. de dr. intern. privé* 1882, p. 257 et s. et un autre art. du même dans le *Droit*, 8 juillet 1888. — Cependant ce principe n'est pas admis par les jurisprudences anglaise et américaine qui appliquent toujours leur loi nationale, aussi bien aux navires étrangers qu'aux navires anglais ou américains. La majorité des auteurs et des arrêts se prononcent pour la loi du pavillon, et le Congrès international d'Anvers, de 1885, a voté une résolution dans le même sens. V. *Répertoire Gén. alphab.* de Fuzier-Herman, v° *Armateur*,

n[os] 253 et s.; mais l'auteur de cet article se prononce très nettement pour la loi du tribunal saisi (*Ibid.* n° 355).

129. — La loi du pavillon servant à déterminer les pouvoirs du capitaine, il est rationnel de se référer à cette loi pour fixer les formalités, imposées au capitaine pour l'exercice de ses pouvoirs. Celles qui sont édictées par l'art. 234 du Code de comm. ne sauraient donc lui être opposées. Tel est spécialement le cas d'un emprunt à la grosse contracté dans un port de relâche étranger par un capitaine étranger pour faire au bâtiment les réparations indispensables, mais sans avoir fait dresser un procès-verbal de l'avis de l'équipage constatant la nécessité des réparations. Ces formalités ne sont pas applicables alors même que le navire aurait pour destination un port français. Il a été jugé en ce sens par la cour de cassation, chambre civile, qui décide, par cassation d'un arrêt de Rouen du 21 août 1841, que ces formalités sont uniquement établies en faveur du capitaine, pour mettre sa responsabilité à couvert vis-à-vis de ses mandants, et qu'en conséquence le contrat à la grosse réalisé dans les conditions de fait ci-dessus indiquées, et sans l'accomplissement de ces formalités, est obligatoire pour le propriétaire du navire ou le consignataire du chargement. Dans tous les cas, aux termes du même arrêt, „les Français qui réclament en France le remboursement des sommes qu'ils ont prêtées à la grosse dans un pays étranger, et à des capitaines étrangers, peuvent valablement invoquer les principes du droit maritime consacrés par l'ordonnance de 1681 et par le Code de Commerce.“ Il est toutefois à remarquer que, dans l'espèce, les dispositions de la loi du pavillon, qui était la loi portugaise, opposée par les consignataires, sont conformes à celles de l'art. 234 du C. de Co. et que rien n'avait constaté qu'elles dussent être interprétées d'une manière différente. Cass. civ. 9 juillet 1845, *D. P.* 1845, 1, 313; — *Sir.* 1845, 1, 566 et la note. La cour suprême a confirmé, par cette décision, la jurisprudence qui résulte de ses arrêts du 28 nov. 1821 et 5 janvier 1841,

D. P. 1822, 1, 29 et 1841, 1, 80. Cette jurisprudence est toutefois contraire à la doctrine des anciens auteurs et notamment de Pardessus, t. 3 n° 910; Delaporte sur l'art. 234; Delvincourt, *Institut. Comm.*; Dageville, t. 2, p. 233; Boulay-Paty, t. 2, p. 65 et t. 3, p. 29, qui combat l'arrêt du 28 nov. 1821. — *Secùs*, Amiens 30 août 1836, *D. P.* 1837, 2, 5.

130. — Jugé plus récemment que l'emprunt à la grosse contracté à l'étranger, avec l'intervention de l'autorité consulaire, par un capitaine se trouvant sans aucune ressource pour faire vivre son équipage et ne pouvant plus obtenir d'avances, est valable quoique l'armateur ait donné des ordres contraires, si cet armateur a créé par son imprévoyance volontaire la pénible situation dans laquelle s'est trouvé le navire. Trib. de Co. du Hâvre 28 fév. 1887, *Jal. de dr. int. p.* 1887, p. 320.

131. — Les vice-consuls français ont qualité, même depuis l'ordonnance du 26 oct. 1833, pour autoriser les emprunts à la grosse en pays étranger. Une pareille autorisation ne peut pas être considérée comme constituant un acte de juridiction dont l'ordonnance de 1833 défend l'exercice aux vice-consuls. Civ. Cass. 24 août 1847, *D. P.* 1847, 1, 276, et la lettre du Ministre des aff. étrangères citée en note; *Sir.* 1847, 1, 766. *Dall. Répert.*, v° *Droit Marit.*, n° 441; Lyon-Caen et Renault, *Précis de dr. Com.* — V. *contrà* Rouen 4 janv. 1844, dont l'arrêt a été cassé, *Sir.* 1844, 2, 254.

132. — C'est aussi la loi du pavillon que la cour de Rennes a appliquée dans un arrêt du 21 déc. 1887. Un abordage avait eu lieu entre un navire français et un anglais par la faute du capitaine de ce dernier. Le propriétaire du navire anglais actionné devant un tribunal français prétendait se libérer par l'abandon de son navire. La cour de Rennes a repoussé cette demande et déclaré que la seule loi applicable dans ce cas est celle du navire dont le capitaine a causé le dommage; mais pour déclarer l'art. 216 du

Code de Com. inapplicable la cour se fonde sur ce que la faculté d'abandon qu'il accorde au propriétaire du navire est un droit purement civil dont le bénéfice est réservé aux seuls français, à moins que des traités diplomatiques ne l'aient expressément accordé à des étrangers. Ce motif, qui d'ailleurs était inutile puisqu'il suffisait de déclarer la loi du pavillon applicable pour justifier la décision, a été critiqué par les professeurs Cohendy et Lyon-Caen dans leurs dissertations insérées à la suite de l'arrêt de Rennes dans *D. P.* 1889, 2, 145, et *Sir.* 1888, 2, 25. V. aussi *Rev. Crit.* 1889, p. 622, et *Rev. de dr. int. marit.*, 3e année p. 676.

133. — Le conflit des lois relatives à la responsabilité du fait du capitaine se présentant surtout en matière d'abordage, c'est au chapitre où nous nous en occuperons que j'aurai l'occasion de rapporter les documents de jurisprudence qui s'y réfèrent.

134. — Le propriétaire d'un navire étranger qui prend l'obligation de transporter à destination des Français dans un port français, est soumis aux lois françaises, quoique la marchandise voyage sous pavillon étranger; surtout s'il a établi une agence importante au port français. Il en est particulièrement ainsi en ce qui touche le rapport de mer du capitaine et ses conséquences, ainsi que pour le port d'arrimage. En particulier, lorsqu'il est stipulé dans le connaissement que *les accidents, pertes ou avaries provenant de mer, de tous actes de négligence ou de fautes des pilotes du propriétaire sont aux risques de l'envoyeur*, le propriétaire est déchargé de toute responsabilité, cette stipulation de non garantie n'étant proscrite par aucune loi. Alger 30 janvier 1875, *Jal de la jurisp. d'Alger* 1877, p. 16. Cette décision se justifie par la nature des responsabilités du propriétaire et du capitaine, qui, comme il a été dit, sont indépendantes l'une de l'autre.

135. — Un capitaine étranger ne peut commander qu'un bâtiment étranger; bien que le choix du capitaine appartienne au propriétaire du navire, nous avons vu que ce

choix ne peut porter, pour les navires français, que sur des navigateurs français. *Rép. Dalloz*, v° *Droit marit.* n°. 302.

136. — Le capitaine a à remplir, soit avant le départ, soit en cours de voyage, soit à l'arrivée, de nombreux devoirs et formalités; il a à se mettre en rapport avec la douane et diverses autorités locales: beaucoup de ces formalités concernent aussi bien les capitaines étrangers que les français. C'est pour leur faciliter ces rapports et l'accomplissement de ces formalités qu' ont été institués, dans les ports français, les *courtiers maritimes*, *conducteurs de navires*. V. Ruben de Couder, *Dictionn.*, v° *Courtier*, n°s 114 et s. 124 et s.

137. — En principe les courtiers maritimes ont seuls le droit de conduire les navires étrangers et de traduire les manifestes à déposer en douane. Toutefois il est de jurisprudence constante que le propriétaire unique d'une cargaison unique a le droit de faire lui même la conduite du navire et le dépôt du manifeste, mais c'est à la condition d'une traduction préalable par le courtier, si le capitaine du navire étranger ne connait pas le français. Ce droit appartient aussi au consignataire du chargement; mais il est indispensable dans ce cas que la qualité de consignataire ne soit pas une qualité fictive prise en vue de porter atteinte au privilège des courtiers. Trib. de Fécamp 9 et 22 avril 1886, *Gaz. Pal.* 1er juin 1886; *J^al^ de dr. int. pr.* 1886, p. 328. Bordeaux 5 fév. 1890, *Rec. de Bordeaux*, 1, 1890, p. 197; Alger 7 juin 1890, *Gaz. Pal.*, 2e s. 1890, p. 403; Cass. 22 Oct. 1890, *Ibid.* p. 474.

138. — Dans un arrêt important, la chambre civile de la cour de cassation, cassant un jugement du tribunal de commerce de Rouen du 24 déc. 1882, décida que le capitaine étranger ignorant la langue française, ne peut se faire assister pour les formalités de douanes et autres par le commis de la maison étrangère à laquelle appartient le navire qu'il commande, qu' autant qu'il est constaté que ce dernier réside dans la place où le navire est conduit et où doivent se faire ces déclarations, que cette place lui a

été assignée comme résidence fixe et qu'il est chargé de représenter sa maison dans toutes les affaires qu'elle pourrait avoir à régler sur cette place de commerce. Cass. civ. 17 mars 1886, *D. P.* 86, 1, 13, et la note, et *Sir.* 86, 1, 203; *Jal dr. int. pr.* 1886, p. 193. — V. sur les actes que peut faire le capitaine d'un navire étranger sans l'assistance d'un courtier interprète, *Jal dr. int. pr.* 1875, p. 115; 1876, p. 359; 1878, p. 266. — Cf. Cass. civ. 31 janvier 1852, *Sir.* 1852, 1, 153.

139. — La chambre criminelle de la cour de cassation a déclaré que l'intervention d'un ami du consignataire de la marchandise, tant pour servir d'interprète au capitaine que pour les opérations en douane, constitue un empiètement illicite sur les attributions des courtiers, et que, comme telle, elle doit être considérée comme une infraction pénale. Le même arrêt décide que le rôle des courtiers commence même avant le dépôt du manifeste, notamment par la traduction des questions posées par les agents de la douane aux capitaines étrangers. L'intervention d'un représentant en titre du navire étranger est seule admissible en pareil cas. Cass. crim. 6 nov. 1886, *Bull. crim. C. de Cass.* 1886; — *Jal de dr. int. pr.* 1886, p. 705. — La cour de Caen avait décidé dans le même sens. Cf. Cass. Crim. 27 déc. 1873, *Sir.* 1874, 1, 138.

140. — Jugé encore qu'il y a immixtion dans les fonctions des courtiers interprètes conducteurs de navires dans le fait, par un intermédiaire quelconque, qui n'est point le consignataire unique du navire ou de la cargaison, de traduire oralement aux agents de l'administration des Douanes ou du service sanitaire les pièces que le capitaine d'un navire étranger, ne parlant pas français, peut avoir à leur exhiber, ou d'interpréter à ces agents administratifs les réponses faites par le capitaine à leurs questions. Caen 12 nov. 1885, *Rec. du Hâvre* 1886, 23. — Il en est ainsi alors même que les faits de truchement ou de traduction orale se seraient passés à bord du navire étranger, au mo-

ment de son entrée dans le port français, sans avoir à tenir compte de ce que les courtiers n'auraient pas eu le droit de monter à bord. *Ibid.*

141. — Il a été définitivement reconnu que les fonctions des courtiers, en tant que traducteurs de chartes-parties, connaissements, déclarations et autres actes dont l'accomplissement est nécessaire, sont distinctes de leurs attributions de truchements des capitaines étrangers auprès des diverses administrations publiques. Ainsi un capitaine étranger connaissant la langue française, peut remplir lui même les différentes formalités qui constituent la conduite d'un navire, et se borner à avoir recours à un courtier maritime pour les traductions à faire. Douai, et sur pourvoi, Cass. Req. 2 mai 1887, *Sir.* 1887, 1, 212; *D. P.* 1887, 1, 300 et la note. — *Rev. Crit.* 1886, p. 346. Il en est de même du consignataire unique d'un navire étranger, quand il parle la langue française. Civ. rej. 14 août 1877, *D. P.* 78, 1, 9; Civ. rej. 24 fév. 1880 (2 arrêts), *D. P.* 81, 1, 65—70 et la dissertation qui accompagne ces arrêts où toutes les autorités sur la matière sont indiquées. — Peu importe dans ce cas que le capitaine du navire entende ou n'entende pas le français. Rouen 9 avril 1878 et 9 avril 1879, *D. P.* 81, 1, 65.

142. — Le privilège des courtiers maritimes comprend le droit exclusif de faire le courtage d'affrètement. Aix 11 févr. 1887, *Jal dr. int. pr.* 1887, p. 515.

143. — En principe et à défaut de convention contraire, c'est au capitaine et non au consignataire qu' appartient le droit de choisir le courtier chargé de la conduite du navire, par la raison que les frais sont à la charge du navire. Trib. comm. de Bordeaux 16 avril 1862, *Rec. de Bord.* 62, 2, 113; — Trib. comm. de Rouen 18 juin 1884, *Gaz. Pal.* 1885, 1, suppl. 9; — Trib. comm. de Boulogne-sur-mer 28 sept. 1886, *Gaz. Pal.* 1886, 2, 560. — Mais le capitaine peut renoncer à ce droit et lorsque la charte-partie contient une stipulation retirant le choix à l'armateur ou

au capitaine, cette convention fait la loi des parties. Jugé spécialement que le choix appartient à l'agent des affréteurs lorsqu'il a été stipulé que le capitaine étranger devra, aussitôt à l'arrivée au port de décharge, se présenter chez l'agent des affréteurs, et, suivant les instructions reçues de lui, y déclarer en douane ledit navire. Trib. comm. de Marseille 30 sept. 1879, *Rec. de Bord.* 80, 1, 5; — Trib. comm. Rouen et Boulogne-sur-mer précités; — De Valroger, *Droit marit.* t. 2, p. 687.

§ 2. Obligations du capitaine.

144. — L'art. 224 du Code de Com. impose au capitaine l'obligation, avant de prendre charge, de faire visiter son navire aux termes et dans les formes prescrites par les règlements. Une expédition du procès-verbal de visite doit se trouver dans les papiers du bord. Il a été jugé en matière d'assurances maritimes, que le capitaine étranger d'un navire étranger n'est pas tenu, si sa loi personnelle ne lui en fait pas un devoir, de soumettre son navire à cette visite. Il s'agit là d'une obligation du capitaine personnellement, obligation qui est déterminée, conformément aux principes généraux, par la nationalité du navire. Cass. Req. 11 févr. 1862, *D. P.* 1862, 1. 247; *Sir.* 1862, 1, 376. Lyon-Caen et Renault, *Précis de dr. com.*, t. 2, n° 1804 et les autorités citées à la note. — On a pourtant fait observer que quelle que soit la nationalité du navire, dès l'instant qu'il est armé dans un port français il doit être soumis à la formalité de la visite, parceque c'est là une mesure de police et de sureté obligatoire pour tous. V. *Dall. Rép.*, v° *Droit marit.*, n° 383; — Cresp et Laurin, t. 2, p. 580; — Demangeat et Bravard, *Traité de dr. com.*, t. 4, p. 207 et 208; — Bédarride, *Droit mar.*, t. 1, n° 385; — Ruben de Couder, *Dictionn. de dr. com.*, v° *Capitaine*, n° 140. — On trouve dans les législations étrangères des dispositions sur la visite ayant une étendue générale: Angleterre, loi du 15 août 1876, *Annuaire de législ. étrang.* 1877, p. 51 et s.; —

Allemagne, loi du 27 déc. 1872, art. 47, *Ibid.* 1873, p. 196. On aurait compris que dans un intérêt de police le législateur français eût posé une régle commune à tous les bâtiments, quelle que fût leur nationalité; mais rien n'indique dans l'art. 225 du C. de Co., ni dans les dispositions spéciales des lois auxquelles il se réfère, qu'il aît une portée aussi générale.

145. — La cour de Rouen a jugé par un arrêt du 9 oct. 1827, rapporté dans le *Rép. de Dall.*, v° *Droit marit.*, n° 389, note, que des lettres de libre navigation du collège de Stockholm équivalent aux certificats de visite donnés aux navires français et constatent implicitement que le capitaine étranger qui en est porteur est en état d'entreprendre le voyage projeté.

146. — C'est encore par application du principe précédemment rappelé que les art. 242 et 243 du C. de Co. concernant les rapports que les capitaines, à leur arrivée en France, doivent faire devant le tribunal de commerce ou le juge de paix du lieu, sont inapplicables aux capitaines étrangers et que, par suite, le rapport du capitaine d'un navire étranger est valablement fait devant le consul de sa nation et peut être opposé à des français sans qu'il soit obligé d'en faire un second devant le juge français. — Jugé spécialement que les tribunaux français ne peuvent pas mettre à sa charge les avaries souffertes par les marchandises, sous le seul prétexte que les accidents de mer qui les auraient occasionnés ne seraient pas régulièrement constatés. Aix 14 mars 1840, dans *Dall. Rép.*, v° *Droit marit.*, n° 531, note 1. Aix 21 août 1845, *D. P.* 1846, 2, 165; *Sir.* 1848, 1, 67. — Trib. de Marseille 25 mai 1845, et sur pourvoi, Civ. cass. 23 nov. 1847, *D. P.* 1847, 1, 369; *Sir.* 1848, 1, 66, et la note de Devilleneuve; — Civ. Cass. 27 févr. 1851, *Sir.* 1851, 1, 284; *D. P.* 1851, 1, 34. — Cf. l'arrêt rapporté plus haut Cass. Req. 11 févr. 1862, qui consacre la même règle. — Par cela seul que le Code français attribue aux consuls de France à l'étranger la réception des rapports des capitaines français, en faisant

ainsi l'application de la loi du pavillon à ce cas, il reconnait implicitement, par réciprocité, le même droit aux consuls étrangers en France à l'égard des capitaines de leurs nations. Il est bon toutefois de faire observer qu' avant que cette jurisprudence se fût établie, la cour de cassation, avec plusieurs auteurs, considérait le rapport de mer prescrit par les art. 242 et 243 du Code de Comm. comme une mesure de police obligatoire pour les capitaines étrangers. V. la note dans *D. P.* sur Cass. civ. 28 févr. 1851 précité; Lyon-Caen et Renault, *Précis*, t. 2, n° 1838; Ruben de Couder, *Dictionn.*, v° *Capitaine*, n° 217 et s. — Mais il faut remarquer aussi que d'après les arrêts précités du 14 mars 1840 et 26 févr. 1851, le rapport fait devant le consul étranger, n'a pas, non plus que les nominations d'experts et les auditions de témoins dont il peut être suivi, la valeur d'un acte de juridiction; ils peuvent être combattus par toutes preuves contraires devant les tribunaux français. V. les notes, sous les arrêts précités, dans *Sir.* 1851, 1, 284 et *D. P.* 1851, 1, 35.

147. — Mais la faculté ainsi reconnue au capitaine étranger n'existe plus quand il s'agit pour lui de réclamer de l'administration des Douanes une réduction de droits sur les marchandises avariées. Il est alors dans l'obligation de faire le rapport des événements survenus au cours de sa navigation, à la Douane, dans les 24 heures de son entrée au port. S'il néglige cette formalité il devient responsable envers les consignataires de la réduction de droits refusée par la Douane faute de rapport ou de déclaration d'avaries. Trib. de Marseille 28 févr. 1837, *J^al^. du Trib. de Mars.* t. 16, 1, 113. V. encore Ruben de Couder, *Dictionn.*, v° *Douanes*, n°s 168 et s.

148. — Le capitaine d'un navire étranger qui refuse d'admettre le pilote à son bord ou qui prétend lui imposer pour condition de renoncer au droit de supplément de distance, est obligé de payer le pilote refusé comme s'il avait servi, sans pouvoir s'excuser de son ignorance des lois réglant le pilotage en France. Les déclarations du pilote, affirmées par les lamaneurs de sa barque, font foi des faits par eux

rapportés, alors surtout que ces déclarations ne sont point en contradiction formelle avec celles du capitaine et de son équipage, et se trouvent au contraire corroborées en grande partie par le rapport du capitaine. Rouen 4 août 1891, *Rec. du Hâvre*, 2e 1891, p. 211.

149. — Parmi les pièces de bord que doit représenter le capitaine se trouvent le *congé*, le *manifeste* et le *certificat* ou *patente de santé*. „Le congé est une sorte de passe-port délivré par l'administration des Douanes sans lequel un navire ne peut sortir du port auquel il appartient. Le but du congé est surtout de constater que le navire est toujours en droit de se prévaloir de la francisation qu'il a obtenue, d'affirmer l'identité du navire auquel il est délivré avec celui qui fait l'objet de la francisation. Il résulte de là qu' assurément il n'est pas délivré de congé aux bâtiments étrangers". Lyon-Caen et Renault, *Précis*, n° 1815 et Dall., *C. de Com. annoté*, art. 226, nos 82, 90. — Il en est autrement du *manifeste*, qui est une sorte de résumé de tous les connaissements délivrés par le capitaine; aucun navire étranger ne peut sortir d'un port de France sans être muni d'un manifeste visé à la Douane (art. 2 loi du 5 juillet 1836). — Les navires étrangers abordant en France doivent être porteurs d'une *patente de santé* délivrée par l'autorité de leur pays avec visa du consul français.

150. — Le capitaine qui a signé un connaissement écrit en langue étrangère ne peut se délier des obligations résultant pour lui des énonciations de ce connaissement par le motif qu' en le signant il n'aurait pas été assisté d'un interprète. Ainsi jugé par le tribunal de Marseille le 29 mars 1865, *Jal. du Trib. de Mars.* 1865, 1, 84; — Ruben de Couder, *Dictionn.*, v° *Capitaine*, n° 285.

151. — Un capitaine étranger ne peut, pour se faire décharger de la responsabilité qui lui incombe, invoquer des faits de force majeure qui n'auraient pas été constatés suivant les formes prescrites par la législation française, ou par celles de son pays. Paris 19 nov. 1862, *Jal. des Trib. de Com.* 12, 96.

152. — Le capitaine peut vendre le navire, en cas d'innavigabilité (art. 237 du C. de Com.); et par suite il est responsable des conséquences de l'innavigabilité. Mais l'innavigabilité doit être régulièrement constatée dans les formes prescrites par la loi du 13 août 1791. C'est-à-dire, en France, par un procès-verbal d'anciens navigateurs nommés par le tribunal de commerce et en pays étranger, par le consul de France. L'inobservation de ces règles entraîne la nullité de la vente, alors même qu'il s'agit de circonstances de fortune de mer survenues dans des régions où il est matériellement impossible d'appliquer à la lettre les lois édictées par la mère patrie. Spécialement la vente aux enchères d'un navire déclaré en état d'innavigabilité par un consul est nulle, comme ayant pour objet la chose d'autrui, lors qu'elle a eu lieu sans le concours ou le consentement soit du propriétaire, soit du capitaine. La cour de Rouen avait décidé en principe que les tribunaux ont un pouvoir d'appréciation souveraine quant aux circonstances de fait où la vente a lieu dans une espèce où il s'agissait d'un navire anglais, vendu à la Havane sur l'initiative du vice-consul anglais, avec toutes les formalités usitées en ce pays, et après une expertise à la suite de laquelle le navire avait été condamné par le consul; mais celui-ci avait agi en son nom, de son autorité, sans l'assistance du capitaine. Le propriétaire refusa de reconnaître la validité de la vente et revendiqua le navire se trouvant ramené au port du Hâvre, entre les mains de l'acquéreur, et porta son action devant le tribunal de commerce de cette ville. Le tribunal et la cour de Rouen repoussèrent l'action en revendication (Rouen 3 juillet 1867, *Sir.* 1868, 2, 254; *D. P.* 68, 2, 59). Mais l'arrêt fut cassé par la cour suprême qui déclara la vente nulle comme ayant eu pour objet la chose d'autrui. Civ. Cass. 18 janvier 1870, *D. P.* 1870, 1, 127; *Sir.* 1870, 1, 145 et la note de Labbé. V. dans le sens de l'arrêt de Rouen: Bordeaux 22 août 1831, *Dall. Rép.*, v° *Droit mar.*, n° 2085; 8 juill. 1859, *Ibid.*, n° 2087; Req. 14 mai 1854, *Ibid.*, n° 2087;

31 juil. 1859, *Ibid.*, n° 2089; 6 mai 1867, *D. P.* 1868, 1, 24 et la note; Dageville, t. 2, p. 236; Rouen 20 juin 1866, *Sir.* 1867, 2, 18; Cass. Req. 3 avril 1867, *Sir.* 1867, 1, 385 et la note. — Bédarride, *Dr. mar.*, n° 1425; *Dall. Rép.* v° *Droit marit.*, n° 468 et s.

153. — Les tribunaux français sont incompétents pour connaître des demandes formées par des marins étrangers contre leur capitaine, également étranger, quoiqu'ils n'appartiennent pas tous à la même nation; cette dernière circonstance ne peut suffire pour soustraire les matelots à la juridiction du pavillon sous lequel ils sont embarqués. Trib. com. de Marseille 3 et 7 mars 1831, *Dall. Rép.*, v° *Droit Marit.*, n° 686.

154. — Mais à l'égard des peines disciplinaires, le capitaine étranger mouillé dans une rade ou un port français exerce seul son autorité sur les hommes de son équipage. *Dall. Rép.*, v° *Organisat. marit.*, n° 1127; à l'exception des cas où la répression ne serait pas intérieure et pourrait troubler l'ordre public. *Ibid.*

155. — Les tribunaux français sont au contraire compétents pour connaître des délits commis par les capitaines étrangers envers des français dans les rades et ports soumis à la juridiction française. Cons. d'Etat 28 oct. et 20 nov. 1806, *Rép. Dall.* v° *Droit marit.* n° 609. — Mais si les délits commis par les capitaines étrangers envers des français ont eu lieu en pleine mer, le droit d'en connaître appartient non plus aux tribunaux français, mais à ceux de la nation dont le navire porte le pavillon. Bordeaux 11 janvier 1838, *Sir.* 1839, 2, 37; — *Rép. Dall.*, *loc. cit.*, n° 609. — Il en était autrement dans l'ancien droit: Ayrault, *Inst. Jud.* L. 1, part. 4; — Jousse, *De la Justice Crim.* t. 1 p. 423.

§ 3. Des Matelots et gens d'Equipage.

156. — Les matelots étrangers ne peuvent entrer que pour un quart dans la composition de l'équipage d'un navire français (loi du 21 sept. 1793, et circulaire ministérielle

du 14 févr. 1854. V. *Rép. Dall.*, v° *Droit marit.*, n° 659, et v° *Organisat. marit.*, n° 620). Ne sont néanmoins pas compris dans cette exclusion les marins étrangers admis à établir leur domicile en France, et ceux qui, résidant en France, ont épousé une femme française et navigué sur des bâtiments de commerce français; ces marins sont en effet immatriculés sur les registres de l'inscription maritime (arrêté du 14 fructidor an VIII). Cette disposition est remarquable, en ce qu'il n'en résulte pas que ces étrangers, devenus par elle marins français, aient acquis pour cela le titre de citoyens français. Il y a là une anomalie qui pourrait soulever plus d'une difficulté de droit, si l'arrêté de fructidor, évidemment contraire au droit international, était appliqué. *Dall. Rép.* v° *Organisat. marit.* n° 410; — Ruben de Couder, *Dictionn. de dr. com.*, v° *Gens d'équipage*, n° 52. — Les marins étrangers embarqués sur les navires français sont soumis aux mêmes devoirs et passibles des mêmes peines que les français. *Répert. de Dall.*, v° *Droit marit.*, n° 670; mais ils ne jouissent pas de certains avantages.

157. — Les avantages divers accordés aux gens de mer français sont en effet établis dans l'intérêt du développement de la marine française et en retour des charges que l'inscription maritime fait peser sur eux. C'est ainsi que la prohibition de saisir leurs salaires édictée par une ordonnance du 1er nov. 1745, confirmée par le décret du 4 mars 1852, art. 1, ne peut pas bénéficier aux étrangers. Le tribunal civil du Hâvre, par jugement du 17 avril 1886, a fait l'application de cette règle dans la circonstance suivante. Un navire autrichien ayant été saisi et vendu au Hâvre, une distribution par contribution du prix de cette vente fut ouverte et le capitaine y produisit pour ses loyers. Ses créanciers ayant à leur tour demandé à être colloqués sur la somme qui lui serait attribuée, le capitaine excipa, pour faire repousser leur demande, de l'insaisissabilité de son salaire qui s'opposait à ce qu'il fût l'objet d'aucune attribution pouvant l'empêcher de le toucher personnellement.

Contrairement à sa prétention le tribunal a maintenu la sous-collocation des créanciers. *Rec. du Hâvre* 1886, p. 191. *Rev. intern. de dr. marit.* 1886-87, p. 314; — *Jal. de dr. int. pr.* 1887, p. 68, et la note.

158. — En cas d'accident survenu à un marin français à bord d'un navire étranger, la loi du pavillon est, en principe, applicable, pour la détermination des responsabilités. Mais, dans tous les cas, l'armateur d'un navire étranger est responsable des négligences et imprudences par lui commises dans l'installation et les aménagements de son navire, et sa responsabilité existe encore bien qu'il n'ait pas contrevenu à un règlement particulier. Il ne suffit pas en effet, que la loi étrangère (dans l'espèce la loi portugaise) ne porte pas des dispositions réglementant l'installation des machines pour que l'armateur puisse se soustraire à la responsabilité d'un accident arrivé au mécanicien français dans son service. L'imprudence ou la négligence suffisent pour le constituer en faute. Trib. de comm. du Hâvre 30 juillet 1889, *Rec. du Hâvre*, 1, 1889, 229; même trib. 29 mai 1889, *Ibid.* 1, 1889, 159. — Mais lorsque le marin français navigue sur un navire étranger avec l'autorisation de l'administration française, il reste sous la tutelle de cette administration et ne peut contracter aucun engagement contraire à la loi française et pouvant prejudicier soit à ses droits, soit à ceux de sa famille. Par suite, en cas d'accident à bord, le marin français et la famille sont fondés à invoquer la loi française pour se faire indemniser du préjudice qui leur a été causé. Jugement précité du Hâvre 29 mai 1889.

159. — Les marins étrangers servant sur les navires français ne perdant pas leur qualité d'étrangers, ils ne peuvent se prévaloir des dispositions relatives au rapatriement édictées en faveur des français; il n'y a d'autre mesure à prendre à leur égard que de les remettre au consul de leur nation (Circul. min. du 10 avril 1860, *Rép. Dall.*, v° *Organisat. marit.*, n° 428.). Toutefois MM. Lyon-Caen et Renault sont

d'avis que si le matelot étranger était immatriculé sur les registres de l'inscription maritime, il aurait droit à être rapatrié. Un arrêté du 26 nov. floréal an XII, non abrogé, règle le sort des marins étrangers congédiés.

160. — Jugé d'autre part que l'art. 14 du décret du 17 avril 1860 aux termes duquel les frais de subsistance, d'entretien et de rapatriement des marins provenant de l'équipage d'un bâtiment de commerce sont à la charge de l'armement, est d'ordre public. Cette obligation incombe à l'armateur relativement aux hommes engagés en France pour former l'équipage des navires qui doivent être armés et désarmés à l'étranger ou aux colonies, aussi bien que pour les marins directement embarqués dans un port français. Cass. Req. 30 juin 1886, *J*[al] *dr. int. pr.* 1886, p. 597. — V. aussi Caen 11 fév. 1885, *Ibid.* 1885, p. 677, et la note.

161. — La juridiction disciplinaire et les pénalités spéciales instituées par le décret du 24 mars 1852 pour les marins de la marine marchande française, ne concernent pas les marins étrangers; dès lors les délits commis par eux sont régis par le code pénal et sont de la compétence des tribunaux correctionnels. Alger 22 mai 1886, *J*[al] *de dr. int. pr.* 1886, p. 718.

BOEKBESCHOUWINGEN.

Het Burgerlijk Wetboek, verklaard door Mr. C. W. Opzoomer. Verklaring voortgezet door Mr. J. A. Levy. Twaalfde deel, Eerste aflevering. — Vierde boek. Van bewijs en verjaring. — Eerste titel. Van bewijs in het algemeen. Artt. 1902—1903. — 's Gravenhage, Gebr. Belinfante, 1892.

Het werk, waaraan door Opzoomer reeds als student de eerste hand was gelegd, aanvankelijk verschenen als: «*Aanteekening op artikelen, die nog verklaring behoeven*», later uitgedijd tot het groote werk «*Het Burgerlijk Wetboek verklaard*», het werk, dat gedurende zijn geheele leven nevens zijne vele publicaties op wijsgeerig, theologisch, letterkundig en staatkundig gebied een zoo belangrijke plaats is blijven innemen, hij heeft het niet mogen voltooien. Tot het 4de boek genaderd, heeft hij de pen moeten neerleggen. Over dat boek hebben wij daardoor van hem slechts de aanteekeningen, die zijn eerste werk bevat, waarin een twintigtal artikels uit de titels over het bewijs en zes uit die over de verjaring zijn behandeld.

Mr. Levy, een rechtsgeleerde, ook uitmuntende op velerlei gebied, heeft zich met de voltooiing van Opzoomer's werk belast. Toch mag het eenige bevreemding wekken dat, waar *het bewijs* het eerst aan de beurt lag, die taak *hem* aantrok, hem, den strijder voor de leer van het vrije bewijs. Immers Opzoomer's werk bedoelt de *uitlegging* van ons *stellig* recht: het burgerlijk wetboek, verklaard: door systematische en exegetische behandeling van zijn inhoud. «Bereik ik mijn doel», zoo schreef hij in de voorrede voor den eersten druk zijner «*Aanteekening op de wet houdende algemeene bepalingen*» ook met betrekking tot zijne behandeling van het burgerlijk wetboek, «dan wordt «voor den wetenschappelijken onderzoeker en voor den rechter «het verstand der wet gemakkelijk gemaakt, en men zal, hoe «men ook over ons recht oordeele, althans weten wat onder ons «als recht moet gelden.» Geen *beoordeeling* der wet derhalve, geen

critiek dan die, welke zelve bouwstof van uitlegging is (voorrede voor den 2den druk van hetzelfde werk). «Wat is recht? Ziedaar «waarop het in de eerste plaats aankomt, waarop het voor velen «zelfs alleen aankomt. Eerst daarna past het onderzoek naar den «grond van dat recht, de vraag: wat moet recht worden?» Slechts «uitlegger van ons burgerlijk wetboek» wilde hij zijn, «geen vrije leeraar van het recht», maar: «gebonden aan de wet» (voorrede voor het eerste deel van *Het Burgerlijk Wetboek verklaard*, bl. VII).

Mag het nu niet bevreemden dat Mr. Levy, de verdediger der vrije bewijstheorie, op zich nam Opzoomer's verklarend werk voort te zetten juist waar dit tot het bewijs was gevorderd, terwijl uit de bepalingen daaromtrent van onze wet een leer spreekt, met die van Mr. Levy volstrekt niet strookende? Zeker, ook Opzoomer heeft zich van critiek niet onthouden, maar zijne critiek betreft de *techniek* van de wet, de wijze, waarop zij tot stand is gekomen, de wijze, waarop de wetgever getracht heeft zijne gedachte daarin uit te drukken, en staat dus — al strekt zij dikwijls tevens om te doen uitkomen «onze achterlijkheid in de kunst van wetgeven» — met het doel van het werk, de uitlegging van ons stellig recht, in het nauwste verband. Mr. Levy moest, om zich te zetten tot het vervolgen van Opzoomer's «verklaring», beginnen met zich te stellen op het standpunt onzer wet, aannemen hare leer, met de zijne in strijd.

Mr. Levy heeft dit echter niet gedaan. Hij heeft, althans in de 1e aflevering, die voor ons ligt, het standpunt ingenomen niet van den uitlegger onzer wet, maar van den vrijen leeraar van het recht; in de plaats van de verklaring onzer wet is bij hem getreden de beoordeeling van ons recht ten opzichte van het bewijs en de uiteenzetting der beginselen van het bewijsrecht naar *zijne* leer. In verband daarmede is in dit twaalfde deel de inrichting van het werk veranderd. Opzoomer had daarin reeds met den aanvang van het derde boek een wijziging gebracht, die echter alleen den vorm, niet het wezen betrof. Aanvankelijk, immers, was de systematische behandeling van den inhoud der wet afgezonderd van de exegetische harer bijzondere artikelen; met den aanvang van het derde boek vinden wij beide vereenigd in aanteekeningen op de afzonderlijke artikelen van het wetboek in hun volgorde, voorafgegaan door eene inleiding tot het te behandelen boek en eene tot elken titel. Bij Mr. Levy wordt echter de inleiding tot het vierde boek «van bewijs en verjaring» gemist en evenzeer die tot den eersten

titel «van bewijs in het algemeen», en treedt in de plaats daarvan eene verdediging der vrije bewijstheorie. En wat de aanteekeningen op de artt. betreft, zoo geven de artt. 1902 en 1903, in deze aflevering behandeld, door hun meer leerstelligen inhoud, ook aanleiding tot meer algemeene beschouwingen, maar toch wordt de geest, waarin Mr. Levy het werk voortzet, gekenmerkt door hetgeen hij zelf schrijft aan het slot zijner aanteekening op art. 1903: «dat het voorafgaande *niet* is eene para«phrase van ons art. 1903 zal wel betoog niet behoeven.»

Vangt alzoo Mr. L. zijn werk aan met eene verdediging der leer van het vrije bewijs, toch blijkt de vrijheid van bewijs, die hij voorstaat, niet onbeperkt. Volgens hem behoort de rechter in iedere zaak de «absolute vrijheid» te hebben zoowel in de keuze als in de waardeering van al de bewijsmiddelen: *die door de wet zijn vastgesteld.* Ook hij verlangt dus, dat de *wet* bepale aan *welke bewijsmiddelen* bij uitsluiting de rechter de gronden zal mogen ontleenen, waarop hij eenig feit als bewezen zal aannemen. Een onderzoek, nu, naar de waarheid van eenige bewering en het bewijs daaruit voortvloeiende, *a priori* beperkt ten opzichte der te bezigen bewijsmiddelen, kunnen niet *absoluut vrij* worden genoemd. Het vrije onderzoek, op elk ander gebied geldende, dat Endemann, de bekende voorstander der vrije bewijstheorie, door Mr. L. herhaaldelijk geciteerd, ook op het gebied van het recht ingevoerd wenscht te zien, leidt tot: «die «Erkenntniss der Wahrheit nach *keinen andern Regeln* als denen «des *freien Denkens.* Sie (die Erkenntniss der Wahrheit) ist «stets das Ergebniss einer individuellen geistigen Operation, die «sich *lediglich den Gesetzen der Logik und des Gewissens* un«terwirft» (Endemann, *Die Beweislehre des Civilprozesses*, bl. 3). Bewijzen is dan eenvoudig: «die Ueberzeugung des Rich«ters durch logische Gründe gewinnen» en: «wo der einfache «Begriff der menschlichen Ueberzeugung nach Vernunftgründen «herrscht, ist Beweismittel *Alles und Jedes*, was als Medium «dem Richter Ueberzeugungsgründe zuführen kann, *in der «Legaltheorie* dagegen nur dasjenige was nach gesetzlicher Regel «dazu geeignet ist» (*Beweislehre*, bl. 37). Zulk een *absoluut* vrij bewijs, waarbij naar niets anders gevraagd wordt dan naar 's rechters met redenen omkleede overtuiging, wil Mr. Levy niet. De overtuiging moet verkregen zijn *door wettige bewijsmiddelen*, wat in zich sluit dat de bewijsvoering op wettige wijze met inachtneming der termijnen en vormen, bij de wet

voorgeschreven, moet hebben plaats gehad. *Niet*, natuurlijk, omdat het ten opzichte der feiten, tusschen partijen in geschil, niet om de materieele waarheid te doen zou zijn, maar juist omdat het daarom te doen is, en wettelijke voorschriften omtrent de bewijsvoering noodig zijn om de onzijdigheid en degelijkheid van het onderzoek te waarborgen. Naar het mij voorkomt, zal dan ook Mr. Levy, voor de vrije bewijstheorie naar *zijne* opvatting, *niet* kunnen onderschrijven de volgende woorden van Endemann (*Beweislehre*, bl. 80): «Wo die freie Beweisprü«fung herrscht, muss nothwendig die *eigene Kunde des Rich«ters vollkommen mitwirken;* gleichviel ob sie unter den Begriff «des Notorischen fällt oder nicht.» De eigen wetenschap, die de rechter toevallig verkregen of zich buiten het proces om verschaft heeft, mag daar, waar *wettige bewijsmiddelen* vereischt worden, door hem niet aan zijn oordeel omtrent het bewezene van feiten ten grondslag worden gelegd.

Verschilt Mr. Levy van zijn voorganger in de opvatting zijner taak, het betoog zelf in Mr. Levy's werk schijnt mij — het zij met bescheidenheid gezegd — die klaarheid, dat gemakkelijk te vatten verband zijner onderdeelen te missen, waardoor Opzoomer's werk zich ook voor hen, die het onderzoek van ons recht eerst aanvangen («ook voor hen wenschte ik nuttig te zijn» schreef hij in de voorrede voor den 1sten druk der *Aant. op de wet, houdende Alg. Bep.*), als gids zoozeer aanbeveelt.

Volgen wij bijv. het betoog betreffende de vrije bewijsleer.

De «steunpunten» der «onvrije bewijstheorie» in oogenschouw nemende, noemt hij als het *eerste* de stelling, dat met betrekking tot de bewijsleer onderscheid zou moeten worden gemaakt tusschen het burgerlijk recht en het strafrecht en dat in burgerlijke rechtsgeschillen niet evenals in strafzaken *reëele*, maar *formeele* waarheid zou heerschen. Die stelling wordt bestreden en aangetoond dat *overal*, op gansch het gebied van het recht, het om de reëele, de werkelijke waarheid te doen is. Als de oorsprong der dwaling wordt aangewezen: de verwarring van de *taak des rechters* met het *recht der partijen in het burgerlijk geding om hem zijn taak af te bakenen*, de grenzen van het geschil te bepalen. Dit dispositie-recht der partijen, waarvan uitvloeisels zijn de grondstellingen: ne procedat judex ex officio, ne eat judex ultra partium petita, quod non est in actis non est in mundo, behoort ten volle gehandhaafd te blijven. Zij, echter, die den rechter ten civiele met slechts formeele waar-

heid willen afgescheept zien, gaan *verder*; volgens hen moet niet slechts het recht, waarover partijen de beschikking hebben, maar de *rechter zelf* te harer beschikking staan en «werktuig «of draadpop in hare handen worden». Dit is begripsverwarring. *Binnen de grenzen* van het voorgedragen geschil moet de rechter *zijn* beslissing geven, en de door hem te geven beslissing is *de zijne* niet, als hij genoodzaakt wordt te loopen aan den leiband van wettelijke bewijsregelen, die in zijne plaats vaststellen wat al dan niet bewezen is.

Ligt hier de vraag niet voor de hand: wat hebben deze beide zaken: het beschikkingsrecht der partijen en het *al* dan *niet* gebonden zijn van den rechter aan wettelijke bewijsregelen met elkander te maken? Wettelijke bewijsregelen toch zijn bestaanbaar, zoowel waar het onderzoek omtrent de feiten onafhankelijk van partijen plaats heeft, als waar hare beweringen het terrein van het onderzoek begrenzen. In het strafproces is aan partijen *geen* beschikking over de feiten toegekend; daar geschiedt het onderzoek omtrent de feiten onafhankelijk van haar; maar gelden toch ook daar ten onzent niet wettelijke bewijsregelen, die den rechter voorschrijven wat al dan niet als bewezen mag worden aangenomen? Zijn zelfs niet cassatie-beslissingen betreffende schending dier voorschriften in het strafproces zoo menigvuldig als zij zeldzaam zijn in het burgerlijk proces? Het is waar: *positieve* bewijsregelen, die vaststellen wat volledig bewezen *is*, kent ons strafprocesrecht niet (art. 395 W. v. Strafvord.), maar deze zijn in het burgerlijk recht noch de eenige, noch die, welke aan het tot haar recht komen van de materieele waarheid het meest in den weg staan. De leer der «formeele «waarheid ten civiele» maakt volgens Mr. L. den rechter tot werktuig of draadpop in de handen van partijen. Wat wordt hiermede bedoeld? Dat de rechter ten opzichte der te bezigen bewijsmiddelen van partijen afhankelijk wordt gemaakt, hem *niet* bijv. (als in het strafproces: art. 190 W. v. Strafvord.) de bevoegdheid wordt toegekend om de *oproeping van een bepaalden getuige*, de *overlegging van een bepaald stuk* te gelasten? Ik ben er waarlijk niet zeker van, dat Mr. L. den rechter in civilibus *die* bevoegdheid zou wenschen toegekend te zien: «de feitelijke «grondstof verwacht de rechter van de «gedingvoerende partijen», schrijft hij op bl. 39. Maar indien het zelfs zoo ware, dan zou toch die bevoegdheid (ons strafprocesrecht toont het aan) het *bestaan van wettelijke bewijsregelen* niet uitsluiten.

Na den *oorsprong* der onderscheiding: reëele waarheid ten

penale, formeele waarheid ten civiele, te hebben aangewezen, keert Mr. L. tot de onderscheiding zelve terug met de vraag, of dan toch niet — gelijk beweerd wordt — het belang der *rechtszekerheid* in burgerlijke zaken bepalingen eischt als van artt. 1907 en 1912 B. W., omtrent het bewijs door geschriften, den rechter voorschrijvende wat hij als bewezen moet aannemen? Neen, antwoordt Mr. L. met Endemann: «Ten allerlaatste is «iedere soort van rechtspraak verknocht aan de persoonlijkheid «der rechters; zijn dezen zelf ondeugdelijk of tot misbruik geneigd, «dan is het een ijdel streven, daartegen de gerechtigheid te «willen steunen met uitwendige vormen.» En wordt de vraag gedaan, welk bezwaar er tegen is, dat de wet wèl bepale hetgeen, al bepaalt zij het *niet*, door den rechter regulier zal worden aangenomen, dan antwoordt Mr. L.: «dit bezwaar, dat de wet, «een abstracten regel stellende, eo ipso *alle* gevallen daaronder «gebracht wil zien. Juist daardoor kan zij in zoo sterk conflict «komen met klaarblijkelijke feiten, dat 's rechters overtuiging «geweld wordt aangedaan. Ook het, in beginsel, beste bewijs «kan, in concreto, ophouden het te zijn».

Men ziet dat Mr. L., na reeds aangetoond te hebben dat het in het burgerlijk recht niet minder dan overal elders op de reëele waarheid aankomt en na den oorsprong der dwaling te hebben aangewezen, volgens welke aan de beslissingen in civilibus slechts formeele waarheid ten grondslag zou moeten worden gelegd, het toch nog noodig vindt de vraag, of niet de rechtszekerheid zekere positieve bewijsregelen eischt, afzonderlijk te behandelen. Juist die positieve bewijsregelen nu zijn het, die in het strafrecht gemist worden. Inderdaad doet zich *hier* het verschil tusschen het feiten-onderzoek in het burgerlijk recht en dat in het strafrecht gevoelen. In het burgerlijk recht heeft men in den regel met rechtshandelingen, in het strafrecht heeft men met strafbare daden te doen. Wie een *rechtshandeling* aangaat, weet dat hij, om, *in geval van betwisting*, zich het recht te zien toegekend, dat hij daaraan ontleenen wil, het bewijs van die rechtshandeling moet leveren. Daarom verschaffen zich partijen, die een rechtshandeling aangaan, of verschaft zich die harer, welke daarbij belang heeft, *gelijktijdig met het aangaan* der rechtshandeling, het *bewijs* daarvan, maar dan ook: in *zoodanigen vorm* dat het werkelijk tegen betwisting beveiligt en dus de erkenning *waarborgt* van het recht, met het oog waarop de rechtshandeling werd aangegaan. Dien vorm bepaalt de wet, en daarmede is de formeele bewijskracht der openbare of onder-

handsche akte geboren. Zoo kunnen ook ter wille der rechtszekerheid partijen vooraf *overeenkomen*, wat als voldoend bewijs zal gelden van het feit, waarvan recht en verplichting afhankelijk zijn, gelijk bij assurantie pleegt te geschieden.

«De wanverhouding», zoo vervolgt Mr. L., «tusschen de vol«ledige bevoegdheid des strafrechters en de beperking des civielen «rechters geeft nog tot een anderen gewichtigen misstand aan«leiding. Zij is namelijk bevorderlijk aan den *meineed.*» Ik heb reeds opgemerkt dat op die volledigheid der bevoegdheid van den strafrechter ten onzent heel wat af te dingen is, de vrije bewijsleer geldt bij ons ook in het strafrecht niet. Het verschil tusschen de regeling van het bewijs in burgerlijke en in strafzaken ligt hoofdzakelijk in het bepaalde bij art. 395 W. v. Strafvord. (geenerlei bewijsmiddel ter veroordeeling verplichtend, wanneer de rechter niet volkomen overtuigd is dat de beklaagde het hem ten laste gelegde waarlijk heeft begaan) en in de algemeene toelating van het getuigenbewijs. Intusschen is het zeker dat èn door dit laatste èn *vooral door de wijze van procedeeren* het aan het licht komen der waarheid in strafzaken meer dan in burgerlijke zaken verzekerd is. De eed eener partij, nu, is het correctief voor het onvoldoende, het gebrekkige der in civilibus gegeven gelegenheid tot bewijs van feiten. En de verzoeking om door het zweren van een opgedragen of opgelegden eed de beslissing van het proces ten eigen voordeele in handen te hebben is groot. Vandaar dat het voorkomt dat, nadat een burgerlijk geding door een eed is beëindigd, eene aanklacht wegens meineed het onderzoek derzelfde feiten bij den strafrechter overbrengt, die dan met de hem ten dienste staande betere hulpmiddelen de feitelijke quaestie beslist. Hadde de burgerlijke rechter over dezelfde hulpmiddelen kunnen beschikken, noch eedsoplegging, noch vervolging wegens meineed zouden zijn noodig geweest. Alleen is het niet de *wanverhouding* tusschen de meerdere vrijheid van den strafrechter en de mindere van den civielen rechter, die aan den meineed bevorderlijk is, maar alleen het gebrekkig feiten-onderzoek in het civiel-proces. Het vooruitzicht van een volślediger onderzoek voor den strafrechter zal ongetwijfeld eer van meineed terughouden dan dien bevorderen.

Eenmaal er mede bezig het bewijs in burgerlijke zaken te beschouwen in verband met dat in strafzaken vindt Mr. L. daarin aanleiding zijn afkeurend oordeel te plaatsen niet alleen over art. 1955, maar ook over art. 1956 B. W., ofschoon er toch geen reden is, waarom ook de voorstander der vrije bewijsleer met

de bloot negatieve bepaling van het *laatste* art.: dat de vrijspraak door den strafrechter de actie tot schadevergoeding *niet belet*, geen vrede zou kunnen hebben. Ook is die bepaling met art. 1955 volstrekt niet in strijd; waar toch dit art. tegen het *veroordeelend* vonnis het bewijs toelaat, dat het feit evenwel *niet* bedreven is, daar is het slechts consequent dat ook tegen het *vrijsprekend* vonnis het bewijs worde toegelaten, dat het feit *wel* bedreven is, en dáárop toch komt het bepaalde in art. 1956 neder.

Hierna komt Mr. L. tot het *tweede steunpunt* der onvrije bewijstheorie: «wantrouwen in de gedingvoerende partijen, der«halve in de maatschappij, voor zoover zij aan het verkeersleven «deel neemt», in strijd met het beginsel: unusquisque bonus habetur donec probetur malus.

Waarom wantrouwen in de eerste plaats: *in de gedingvoerende partijen?* Art. 1915 B. W. (= art. 1326 C. c., door Mr. Levy genoemd), omtrent de voorwaarden der bewijskracht van de onderhandsche eenzijdige schuldverbintenis tot voldoening van gereed geld, is daarvan geene uiting; waar toch *eene der partijen*, de gedaagde, tegenover zoodanig onderhandsch stuk *de schuld ontkent*, eischt juist de presumtie zijner eerlijkheid bijzondere waarborgen voor de geloofwaardigheid van dat stuk, zal daaraan tegen hem bewijskracht mogen worden toegekend. Uitsluiting van het getuigenbewijs, de bepaling dat de op zich zelve staande verklaring van één getuige geen geloof verdient, niet-toelating van sommige personen als getuigen duiden op wantrouwen niet zoozeer van de gedingvoerende partijen als van hen, die als *getuigen* worden of zouden kunnen worden gehoord, een wantrouwen m.i. niet geheel ongewettigd, zoolang niet de geheele *wijze van procedeeren* ten opzichte van het bewijs der daadzaken, meer dan nu het geval is, er op is ingericht de reëele waarheid aan het licht te doen komen.

Trouwens waar van het *bewijs zelf* sprake is, moet het beginsel unusquisque *bonus habetur* donec *probetur* malus zijn toepassing missen; daar toch geldt het: *onbevangen te onderzoeken*, zonder dat een algemeen vermoeden omtrent geloofwaardigheid, omtrent goed of slecht zijn op den voorgrond mag worden gesteld. De *overtuiging des rechters*, naar de «vrije theorie» het criterium voor het als bewezen gelden van een feit, zou zich door zulk een rechtsvermoeden niet laten dwingen.

Aan Mr. Levy geeft dit tweede steunpunt aanleiding tot zeer belangwekkende aanhalingen uit eene verhandeling over den vermelden regel van J. D. Meyer; uit een werk van den Schot-

schen wijsgeer Thomas Reid (1710—1796), en uit een opstel van Endemann in het *Archiv f. civ. Praxis*, deel 41, waarvan echter alleen het laatste, aldus aanvangende: «De dusver in «zwang zijnde bewijstheorie gaat uit van wantrouwen tegen alle «menschen en alle menschelijke zaken, *die zij als bewijsmiddelen «bezigt*», onmiddellijk tegen de legale bewijstheorie is gericht.

Daarna vervolgt Mr. L.: «Eene derde schaduwzijde van de «onvrije bewijstheorie is dat zij. in vierkante tegenspraak met «het klassieke tijdperk van bloei en vollen wasdom der rechts«hanteering te Rome, de vrucht moet worden genoemd van «tweeledig verval»: de vrucht nl. eenerzijds: van de toenemende zedeloosheid in den *lateren keizertijd*, die maatregelen eischte tegen de willekeur des rechters, en aan den anderen kant: van de *kanonieke rechtsleer*, van nature tot dogmendienst geneigd.

Een *derde schaduwzijde?* En het zijn juist de *steunpunten* der onvrije bewijstheorie, voor welker beschouwing onze aandacht gevraagd was. Zal niet de lezer, voor eene *derde* schaduwzijde gesteld, eene vergeefsche poging doen om zich te herinneren *wat* reeds als de twee andere schaduwzijden der bestreden theorie was voorgesteld? En hoe zal hij volgen den draad van het betoog, dien de schrijver nu en dan laat glippen of omwikkelt, om ten slotte zelf hem uit het oog te verliezen?

Overigens wordt hier aan de hand van Endemann, naar wiens bovengemeld werk: *Die Beweislehre des Civilprozesses*, hier in het bijzonder verwezen wordt, aangetoond: *hoe* in het latere Romeinsche en het kanonieke recht de leer van het wettelijk bewijs zich ontwikkelde. — *Deze* uiteenzetting is zonder twijfel in de inleiding tot de artt. onzer wet over het bewijs op haar plaats.

De aanteekeningen in Opzoomer's eerste werk zijn, met uitzondering van enkele, een deel van zijn grooter werk geworden, al zijn ze niet steeds geheel onveranderd daarin opgenomen, maar soms gewijzigd, aangevuld en in verband gebracht met hetgeen voorafging en volgde. Ook van het vierde boek was dus een niet onbelangrijk deel gereed, en wellicht zou, nu Opzoomer zelf niet meer daar was om het werk op de hem eigen wijze te vervolgen en ten einde te brengen, een herdruk der bestaande aanteekeningen op artikels van het vierde boek de beste wijze van completeeren van het werk zijn geweest.

Mr. Levy is ook in dit opzicht van zijn voorganger afgeweken. Op de artt. 1902 en 1903, in deze eerste aflevering behandeld, had Opzoomer reeds aanteekeningen gegeven. Van die aan-

teekeningen is echter door Mr. L. voor zijne voortgezette verklaring geen gebruik gemaakt; integendeel wordt door hem telkens hetgeen door Opzoomer in het nu uitverkochte werk geleerd was, bestreden.

«Met volkomen juistheid is hier het punt aangewezen, waar«van het afhangt, op wien de bewijslast moet rusten.» Aldus Opzoomer met betrekking tot art. 1902. «Ten eenenmale on«juist geformuleerd» aldus Mr. Levy's oordeel.

«Slechts daarop moet men acht geven, wie het is, die een «bewering doet, en wie het is, die haar tegenspreekt.» Aldus Opzoomer. Met dien regel komt men er niet, volgens Mr. Levy (bl. 46).

Met Opzoomer's verklaring van l. 23 C. de prob. (4.19) en zijn verklaring van l. 25 D. de prob. (22.3) vereenigt Mr. Levy zich niet (bl. 42, 45).

«Een bewijs maakt een zaak voor goed uit.» Aldus Opzoomer. «Alle bewijs wijkt voor tegenbewijs» stelt Mr. Levy daartegenover (bl. 49).

De gerechtelijke bekentenis is volgens Opzoomer bewijsmiddel, volgens Mr. Levy afstand door hem, die haar aflegt, van zijn recht op bewijs.

Zeker moest zooveel verschil van gevoelen de taak der voortzetting van Opzoomer's werk niet weinig verzwaren.

In *zijne* aanteekeningen op de genoemde artt. vestigt Mr. Levy de aandacht op de beschouwingen omtrent de *verdeeling van den bewijslast* en den *aard der bewijsmiddelen*, door Fitting, *die Grundlagen der Beweislast* (Berlijn 1888), en Heusler, *die Grundlagen des Beweisrechtes* (*Archiv f. civ. Praxis*, deel 62 bl. 209), ontwikkeld.

Vooral de vraag der verdeeling van den bewijslast is van practisch belang. Nieuw licht werpt daarover echter m. i. de beschouwing van Mr. Levy niet.

Drie vragen stelt hij naar aanleiding van den regel van art. 1902: Wat *is* bewijzen? *Wie* moet bewijzen? *Wat* moet bewezen worden?

Bewijzen *is* dan: een *feit*, d. i. onverschillig welke, onder het bereik der *zinnelijke waarneming* vallende, kortstondige of duurzame werkelijkheid, door middelen, bij de wet aangewezen, onbetwistbaar in het licht stellen. Alleen *feiten* kunnen *bewezen* worden, naar aanleiding der bewezen feiten *oordeelt* de rechter of het beweerde *recht* al dan niet aanwezig is. Van het feit *vergewist zich* de rechter, over het bestaan van het recht

oordeelt hij. Daarom heet ons art. te eenenmale onjuist geformuleerd, en zou het, volgens Mr. L., moeten luiden: «een «iegelijk, die op een feit, tot staving van zijn recht of tot tegen- «spraak van eens anders recht, zich beroept, moet het bestaan «van dat feit bewijzen».

Ik betwijfel of die redactie de voorkeur zou verdienen. De scheiding tusschen de alleen door zinnelijke waarneming vast te stellen *feiten* en de daaruit af te leiden *rechten* is niet altijd vol te houden. Men zou naar de leer der zinnelijke waarneming niet alleen geen eigendom, geen recht op eens anders zaak kunnen bewijzen (vgl. artt. 1757, 1764, 627 B. W.), maar evenmin: eene verbintenis, eene overeenkomst, eene kwijtschelding (vgl. artt. 1197, 1474, 1933 B. W.), want ook over de aanwezigheid daarvan heeft de rechter naar aanleiding der gebleken of vaststaande feiten te *oordeelen*, niet minder trouwens dan over de aanwezigheid van schuld (culpa) of kwade trouw (van welke laatste art. 589 toch alweder woordelijk zegt dat zij «bewezen» moet worden). «Ueberall zeigt sich» (Endemann, *Die Beweislehre*, bl. 43) «dass niemals die Thatsachen sich ganz rein «heraus schälen lassen, so wenig wie sich in der Zeugenaussage «die vermeintliche Trennung der blossen *sinnlichen Wahrneh- «mung* von allem *Urtheil* vollziehen lässt. Mit richtigem Instinkt «wendet sich die Rechtsansicht der Gegenwart von der starren «Konsequenz der Legaltheorie, welche nur blanke Thatsachen «als Voraussetzungen ihrer abstrakten Schlüsse in dem Beweis- «wesen will, ab».

Bovendien zou bij de door Mr. L. voorgestelde redactie niet vermeld zijn het punt, waarop het aankomt: dat op hem, die een *recht beweert* en de erkenning daarvan vordert, de last rust om den rechter van het bestaan daarvan te overtuigen.

De beide andere vragen zijn er eigenlijk slechts ééne: de vraag, *wie* bewijzen moet, lost zich op in deze: *wat* bewezen moet worden. De bewijslast, toch, is niet eene verplichting, tot welker *naleving* men door den daarbij belanghebbende zou kunnen genoodzaakt worden, maar eene *noodzakelijkheid* (*necessitas* probandi incumbit illi qui agit), waarin iemand verkeert, om in zijn eigen belang den rechter van de waarheid van zekere feiten te overtuigen. Weet men dus van *welke feiten* het bewijs moet geleverd worden, m. a. w. *wat* moet bewezen worden, dan *volgt daaruit* van welke der partijen het belang medebrengt om, ten einde niet in het ongelijk te worden gesteld, het bewijsmateriaal te verschaffen, waardoor de rechter van de aan-

wezigheid dier feiten overtuigd zal worden, m. a. w. *wie* bewijzen moet. Overigens komt het er alleen op aan dat de feiten *bewezen zijn*, en is het onverschillig wie daartoe het bewijsmateriaal verschaft heeft.

Mr. Levy scheidt de beide vragen en antwoordt op de vraag, *wie* bewijzen moet: «hij, die *ter vestiging eener rechtsbetrek-* «*king*, voor eene door hem gevoerde bewering, 's rechters «erkenning begeert. Welke der gedingvoerende partijen dit ver- «langen heeft, is even onverschillig als de positieve of negatieve «vorm, waarin zij hare bewering kleedt».

De woorden «ter vestiging eener rechtsbetrekking», waarop het hier volgens den Schr. vooral aankomt, zijn niet duidelijk. *Gevestigd* wordt een rechtsbetrekking noch door de bewering, noch ook door het bewijs van een feit, noch zelfs door de erkenning van den rechter. De bedoeling moet zijn: *tot het doen vaststellen eener rechtsbetrekking.* Mr. L. heeft toch de door hem gebezigde woorden verduidelijkt door te verklaren, dat hij hetzelfde bedoelt als Marcadé (*Explication du Code* ad art. 1315), waar deze zegt: «Il faut dire que toute prétention nou- «velle, toute allégation tendant à changer l'état actuel des choses, «doit être prouvée par celui qui la met en avant et jamais [le con- «traire] par celui contre qui elle est dirigée et qui la conteste.» Uitvoeriger had Marcadé hetzelfde reeds aldus uitgedrukt: «Sans doute on peut dire que la règle *actori*[1]) est vraie absolu- «ment et toujours; mais c'est en l'entendant avec discernement «et en désignant par le mot *actor*, non pas celui qui introduit «l'action en justice, mais la partie (demanderesse ou défenderesse, «peu importe) qui introduit contre l'autre un nouvel élément de «décision, qui *agit* et *va en avant* en alléguant quelque chose «de nouveau, qui prétend changer et renverser, au moins sur «quelque point, le *statu quo*, l'état où en sont les choses, l'en- «semble des faits ou d'idées qui se trouve actuellement établi, «soit par les preuves déjà faites ou les reconnaissances données, «soit par la nature ordinaire des choses.»

Zoo ook Dalloz i. v. Preuve, n°. 20: «A qui incombe la «charge de prouver? A celui qui veut innover, qui veut dé- «truire la position acquise de son adversaire.»

De motiveering dezer stelling omtrent den bewijslast is, volgens Mr. L., gegeven door Fitting in zijne bovengemelde verhandeling door te wijzen op de *wet der causaliteit*, die het

---

[1]) *incumbit probatio.*

menschelijk denken beheerscht en te weeg brengt dat wij ons zoomin een gebeuren als een verandering van hetgeen tot dusver bestond kunnen denken tenzij *veroorzaakt*. Om die reden moet een toestand, die op zeker tijdstip bestond, als voortdurende, dus nòg bestaande worden aangenomen, indien een genoegzame grond voor het aannemen eener verandering niet aanwezig is. En daaruit vloeit het gewichtig gevolg voort: dat het beroep op het voortduren van den toestand, *die op een vroeger tijdstip bestond* (van den *bestaanden* toestand, zegt Mr. L. abusievelijk), welk beroep gelijkstaat met de loochening van verandering, bewijs niet behoeft, wèl daarentegen het beroep op een verandering van dien toestand. Dit zou de ware zin zijn van den regel «affirmanti non neganti incumbit probatio».

Deze motiveering strekt echter verder dan de stelling, waartoe Mr. L. daarmede wenscht te komen. Fitting's bedoeling toch is: terug te keeren tot de oude stelling «negativa non esse probanda». «Dass Derjenige, welcher einem Anderen gegenüber eine «Veränderung des bestehenden Zustandes herbeizuführen ein «Einschreiten des Gerichtes gegen den Anderen verlangt, mit «diesem Verlangen nur Erfolg haben kann, wenn es vom Gerichte «als gerechtfertigt erkannt wird» en dus de daartoe vereischte daadzaken heeft aan te voeren en zoo noodig te bewijzen, om dit vast te stellen', is geen bijzondere rechtsregel noodig. De vragen, waarop het voor den bewijslast aankomt, zijn deze twee: «1. Welche thatsächlichen Verhältnisse müssen feststehen, damit «in einem gewissen Sinne entschieden werden kann? und 2. «Welche thatsächlichen Verhältnisse sind ihrer Natur nach «*einer besonderen Feststellung bedürftig?*» (bl. 13, 14). En nu komt Fitting met betrekking tot de tweede vraag, op grond van de bovenvermelde wet der *causaliteit*, tot de «somit als selbst«verständlich erwiesene» stelling, «dass jede Veränderung, *jedes* «*Geschehniss* besonders festgestellt werden muss, *widrigenfalls* «*es für das Gericht nicht vorhanden ist.*» *Dit* zou de beteekenis zijn van den ouden regel «affirmanti non neganti» enz., die uit den aard der zaak zou voortvloeien, en: «die Praxis hat sich «trotz der in unserem Jahrhundert *fast einstimmig abweichenden* «*Lehre der Theorie* mit richtigem Gefühl stets dagegen gesträubt, «den *Beweis eines Nichtgeschehens* zu fordern» (bl. 20). De stelling «dass nur Geschehniss (Veränderung) bejahende, nicht «aber Geschehniss verneinende Behauptungen des Beweises be«dürfen», heet als algemeene regel uitgesproken in l. 2 D. de prob.: «ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat», waarvan

de «jetzt gewöhnliche Auslegung: beweisen müsse, wer zur Be-«gründung eines prozessualischen Angriffes oder Gegenangriffes «eine selbständige, gleichviel ob bejahende oder verneinende, «Behauptung mache, nicht wer diese Behauptung leugne» *niet houdbaar* heet (bl. 21). Letterlijk dus: hij, die beweert dat iets geschied is, niet hij, die beweert dat iets niet geschied is, moet de waarheid zijner bewering bewijzen. Dit ligt toch niet in de stelling, waarmede Mr. L. de vraag beantwoordt, wie bewijzen moet (hierboven bl. 591). Wel is waar verklaart deze slechts voor den bewijslast onverschillig den positieven of negatieven *vorm*, waarin eene partij hare bewering kleedt, maar, terwijl *hij* zijn betoog eindigt met als ten onzent geldig aan te nemen de bepalingen, in het Ontwerp van een Burgerlijk Wetboek voor het Duitsche Rijk omtrent den bewijslast voorkomende, verklaart Fitting *tegenover* de «herrschende Lehre», die hij in die bepalingen gehuldigd vindt, ondubbelzinnig: «dass die Eigenschaft einer Be-«hauptung als einer positiven oder einer negativen für die Frage «nach der Beweislast in der That *nicht einflusslos* ist» (bl. 9).

Wat de door Mr. L. overgenomen motiveering zelve betreft, zoo komt mij de regel, dat een *feitelijke* toestand, die op zeker tijdstip bestond, steeds als nòg bestaande moet worden aangenomen zoolang het bewijs van verandering niet geleverd is, niet boven bedenking voor. Als voorbeeld wordt er op gewezen dat van een mensch moet worden aangenomen dat hij leeft tot dat òf het rechtstreeksch bewijs van zijn overlijden geleverd wordt, òf sedert het tijdstip, waarop het zeker is dat hij bestond, zooveel tijd verloopen is dat hij een leeftijd zou moeten hebben bereikt, die door geen mensch bereikt kan worden. Wanneer nu echter het bestaan van een mensch op zeker tijdstip vereischte is voor het aan den eischer toekomen van een recht, waarvan deze de erkenning vordert, en bewezen is dat die mensch op een vroeger tijdstip bestond, maar sedert gedurende langer of korter tijd niet van hem is gehoord (neem aan: tot het tijdstip, waarop zijn bestaan vereischt is, zijn sedert het vroegere tijdstip vijftig jaren verloopen en hij was op dat vroegere tijdstip vijftig jaren oud), zou dan, zoo niet het bewijs van zijn vroeger overlijden geleverd wordt, als vaststaande moeten worden aangenomen zijn bestaan op het bedoelde latere tijdstip? Honderd jaren oud *kan* hij geworden zijn; er bestaan voorbeelden van een hoogeren leeftijd. En hoeveel tijd zal minstens moeten verstreken zijn om den belanghebbende van het rechtstreeksch bewijs van het overlijden ontheven te doen zijn?

Met het rechtstreeksch bewijs der verandering stellen Fitting en Mr. Levy gelijk: een tijdsverloop, binnen hetwelk krachtens eene dwingende natuurwet de verandering *moet* hebben plaats gehad. Het is echter duidelijk dat reeds een tijdsverloop, binnen hetwelk de verandering *kan* hebben plaats gegrepen, den rechter de zekerheid ontneemt dat op het tijdstip, waarop het aankomt, de feitelijke toestand zoo is of was als vereischt wordt voor de erkenning van het beweerde recht. De onbetwistbare waarheid dat elke verandering eene oorzaak heeft, «de wet der causaliteit», dwingt niet het *voortduren* aan te nemen van een toestand, die vroeger bestond, alleen omdat het *bewijs* niet is geleverd, dat een *mogelijke* verandering ook werkelijk heeft plaats gegrepen. Dit voortduren kan naar de omstandigheden van het geval meer of minder waarschijnlijk zijn. Uit de natuur der zaak vloeit echter zoodanige algemeene presumtie niet voort: waarom zou de rechter, voor wien zekere feitelijke toestand op zeker tijdstip, als grondslag van een beweerd recht, moet vaststaan, zich met het bewijs van het op een vroeger tijdstip bestaan hebben van dien toestand tevreden moeten stellen?

Wat het leven van een mensch betreft, zoo bepaalt dan ook art. 545 van ons burgerlijk wetboek dat hij, die aanspraak maakt op een recht, dat van een afwezige op hem overgegaan zou zijn en aan den afwezige zou zijn opgekomen nadat diens bestaan onzeker was geworden, verplicht is te bewijzen dat de afwezige heeft geleefd *op het tijdstip, dat het recht aan dezen zou zijn opgekomen.*

Op de vraag: *wat* moet bewezen worden? antwoordt Mr. L.: «het feit, waarvan de vestiging der rechtsbetrekking afhangt». Voorbeeld: «de eischer wil de rechtsbetrekking van gehouden-«heid gevestigd zien. Hij stelt en bewijst aan den gedaagde geld «te hebben geleend. De gedaagde wil de rechtsbetrekking van «ontslag gevestigd zien. Hij stelt en bewijst de teruggave der «geleende som.» «Vestigen» is dus hier weder «vaststellen»: de eischer wil de gehoudenheid, de gedaagde het ontslag zien *vastgesteld.* Maar dan is met de uitdrukking: «het feit, waarvan de «vestiging der rechtsbetrekking afhangt», voor den bewijslast niet veel gezegd, immers de gehoudenheid *vervalt* door het ontslag, derhalve *hangt* de vaststelling der *rechtsbetrekking van gehoudenheid* ook af van de feiten, die het ontslag ten gevolge hebben, en evenzeer van die, welke het ontstaan der verbintenis hebben verhinderd. Bedoeld is, dat alleen behoeft bewezen te worden het bestaan der feiten, die in het algemeen

de beweerde rechtsbetrekking ten gevolge hebben, *niet* ook: het niet bestaan der feiten, die haar ontstaan zouden hebben verhinderd of hare opheffing te weeg gebracht.

Ook van dezen regel zou volgens Mr. L. eerst Fitting in zijn aangehaald geschrift (blz. 40 vlgg.) den grond hebben aangewezen door te wijzen op de verhouding van *regel* en *uitzondering.* De wet bevat slechts «algemeene voorschriften, die nevens «elkander geldende ten deele elkander ondersteunen, ten deele «elkander bestrijden», dit laatste nl. indien de werking van een regel door de tegenwerking van een anderen regel wordt opgeheven. Dan staan werking en tegenwerking tot elkander als regel en uitzondering. Het bestaan van zekere feiten brengt een rechtsgevolg te weeg, dat is de *regel;* het daarnevens bestaan van zekere andere belet dat rechtsgevolg of heft het op, dat is de *uitzondering.* Het gevolg is «dat de rechter, blijkt hem slechts het bestaan der «feiten, waarop de regel doelt, niet het bestaan der feiten, waar«van de uitzondering gewaagt, enkel den regel toepassen zal».

Om nu ook het door niemand betwijfelde beginsel, dat slechts het *ontstaan der verbintenis*, niet ook, als de gedaagde betaling beweert, de *niet-betaling* behoeft bewezen te worden, uit deze verhouding van regel en uitzondering te kunnen afleiden, wordt als *regel* voorgesteld: wie geld ter leen gegeven heeft, behoort het terug te ontvangen of mag een vonnis in zijn voordeel inroepen; als *uitzondering:* bijaldien de teruggave plaats gegrepen heeft, vervalt de aanspraak. Dit klinkt als zeide men: als het koud is, trekt men zijn winterjas aan, *uitgezonderd*: wanneer men haar reeds aan heeft. Om zich dien gedachtengang eigen te maken wordt trouwens vereischt dat men zich niet «op het «dwaalspoor» late brengen «door de den jurist maar al te ge«meenzame voorstelling, dat de vordering ex mutuo door de «betaling is vernietigd». (Dus bestaat de vordering ex mutuo nog in weerwil der betaling?) Van welke voorstelling het gevolg is «de misvatting als zou het voorschrift nopens verschuldigdheid «ons geval niet meer beheerschen». Men zij er op bedacht, zoo wordt voorts gewaarschuwd, «de overigens vrij natuurlijke beeld«spraak des rechts niet in de bewijsleer over te brengen. Een «vordering, zoo pleegt men zich uit te drukken, *ontstaat*, *groeit* «*aan*, *neemt af*, *wordt opgeheven.*» Onschuldige zegswijzen, zegt Mr. L. met Fitting, mits men ze als metaphoren blijve beschouwen, waarmede bij de toepassing van het recht niet te rekenen valt.

Ik geef toe dat van eene *aangroeiende* en *afnemende* vorde-

ring wel niet anders dan overdrachtelijk gesproken zal kunnen worden en erken dat het mij thans zelfs niet duidelijk is wat daarmede zou worden bedoeld, maar dat eene vordering kan *ontstaan* en *opgeheven worden*, in den letterlijken zin dier woorden, is toch moeilijk te ontkennen. Mr. L. zelf spreekt, onmiddellijk na de gegeven waarschuwing, van de door de tegenpartij te bewijzen feiten, «welke òf het *ontstaan* van bedoelde rechts«betrekking verhinderen, òf hare werking verijdelen, òf aan «haar *bestaan* een *einde hebben gemaakt.*»

«Wie bewijst de voorwaarde?» Met deze woorden wordt door Mr. L. de vraag gesteld of, indien tegen een vordering uit eene beweerde handeling de tegenpartij aanvoert dat zij onder een voorwaarde is aangegaan, het *onvoorwaardelijke* of het *voorwaardelijke* der handeling bewezen moet worden.

Met Fitting antwoordt Mr. L., het beginsel van de verhouding van regel en uitzondering toepassende: bewezen moet worden dat de handeling onder een voorwaarde is aangegaan. Stel: de eischer ageert uit koop tot betaling van den prijs; de gedaagde beweert echter dat de koop onder eene opschortende voorwaarde, die nog hangt, is gesloten. De regel is: dat de koopovereenkomst den kooper tot betaling van den koopprijs verplicht. Uitzondering: dat een voorwaarde die verplichting opschort. De eischer moet dus den koop, de gedaagde de voorwaarde bewijzen. Niet te ontkennen is, zegt Fitting (bl. 56): «dass der Kläger, welcher z. B. behauptet und im Falle der «Bestreitung beweist, er habe dem Beklagten ein Pferd für 1000 «Mark verkauft, nach den allgemeinen Rechtsregeln über das «Kaufgeschäft zur Begründung seiner Klage genug gethan hat. «Macht der Beklagte geltend, er sei trotzdem zur Zahlung des «Kaufpreises nicht verpflichtet, weil der Kauf unter einer be«stimmten noch schwebenden Bedingung geschlossen sei, so «beruft er sich auf die Rechtsvorschriften über die Bedingungen, «welche da, wo sie hindernd eingreifen, die Anwendung jener «allgemeinen Rechtsregeln ausnahmsweise nicht gestatten. Mithin «muss er denn aber die Beifügung der Bedingung beweisen, «denn steht diese nicht fest, so kann der Richter eben die «Rechtssätze über die Bedingungen nicht anwenden»

Is de vraag, *zoo gesteld*, een vraag? De gedaagde *betwist den koop*, de eischer *bewijst dien* («der Kläger, welcher behauptet «und im Falle der Bestreitung beweist, er habe dem Beklagten «ein Pferd für 1000 Mark verkauft»), daarna beweert de gedaagde

dat hij desniettegenstaande niet tot betaling verplicht is, want dat de koop onder een voorwaarde gesloten is, wie zal nu meenen dat tegenover het geleverd bewijs van den koop (waarbij natuurlijk verondersteld moet worden van een voorwaarde niets gebleken te zijn) de voorwaarde, waarop de gedaagde zich mocht beroepen, niet zou moeten worden bewezen? De koop toch wordt bewezen door het bewijs van *hetgeen geschied*, *gesproken*, *geschreven*, *op eenige wijze verklaard* is, en daaruit moet ook blijken of er daarbij een voorwaarde gemaakt is. Maar geheel anders stelt Fitting de vraag in den aanvang van zijn betoog omtrent dit punt. «Wenn gegenüber der Klage aus einem Rechtsgeschäfte, z. B. «gegenüber der *actio venditi* auf Zahlung des Kaufpreises, der «Beklagte den Abschluss des Geschäftes zwar *zugesteht*, aber «*mit dem Zusatze*, er sei unter Beifügung einer noch nicht «eingetretenen Bedingung geschehen.» Hier is niets erkend dan eene *voorwaardelijke overeenkomst*, uit welke erkenning de rechter evenmin de erkenning van een zuiveren koop mag distilleeren, als hij uit de erkenning van een koop op drie maanden zou mogen afleiden dat vaststond de door den eischer geposeerde koop à contant. Het belang van den eischer brengt dus tegenover zoodanige erkenning mede *dat het bewijs der overeenkomst die hij stelde*, en dus *zooals hij haar stelde*, *worde geleverd*, waarbij dan natuurlijk in het oog moet worden gehouden dat een voorwaarde of termijn niet pleegt *stilzwijgend* bedongen te worden [1]).

Mr. Levy behandelt naar aanleiding van art. 1902 nog de vragen: of bewijs steeds wijkt voor tegenbewijs, of de rechter gebruik mag maken van persoonlijke, aliunde verkregen wetenschap, en of van gewoonte en vreemd recht bewijs noodig is.

Welllicht had het de voorkeur verdiend de eerste vraag ter sprake te brengen bij een der artikelen, die een dwingend positief bewijsvoorschrift bevatten, bijv. art. 1907. De vraag kan zich toch alleen bij die artikelen voordoen. Alleen waar de wet bepaalt dat een feit *volledig* bewezen is, kan het de vraag zijn of desniettemin het bewijs is toegelaten dat bedoeld feit inderdaad *niet* bestaat. Want daar, waar de rechter vrij is in zijn oordeel, heeft «tegenbewijs» een anderen zin en beteekent het slechts de completeering der bewijsvoering van de zijde van die

---

[1]) Vgl. Mr. van Boneval Faure, *Het Ned. Burg. Procesrecht*, 4e deel 1e stuk (Bewijs en bewijsvoering), bl. 25.

partij, wier belang medebrengt dat het feit, waarover zij loopt, niet bewezen wordt geoordeeld; zoo in artt. 103, 199 W. v. B. Rv. In die gevallen wordt het oordeel, *of bewezen is*, eerst opgemaakt, nadat èn het «bewijs» èn het «tegenbewijs» hebben plaats gehad, en wordt voor het tegenbewijs, zal het slagen, niet vereischt dat daardoor het bewijs van het *niet-bestaan* van het feit geleverd zij, maar slechts dat daardoor de waarschijnlijkheid voor het bestaan van het feit, die anders uit het gevoerde bewijs zou voortvloeien, geringer worde. Daar, waar een dwingend positief bewijsvoorschrift bestaat, *is* het feit bewezen, en komt de vraag te pas, of het desniettemin aan de tegenpartij vrijstaat het bewijs te leveren dat dit bewezen feit *niet* bestaat. De beteekenis dier vraag zou bij art. 1907, bij art. 1962 meer aan het licht zijn gekomen.

In de aanteekening op art. 1903 stelt Mr. Levy, Heusler volgende, onafhankelijk van den inhoud van ons artikel, eene leer der bewijsmiddelen op. Daarnaar behooren er, «in het eenmaal door onze wet aangenomen stelsel», te zijn *drie* bewijsmiddelen, het schriftelijk bewijs, het bewijs door getuigen, de eed. De woorden «in het eenmaal door onze wet aangenomen stelsel» doelen vermoedelijk op de opneming onder de bewijsmiddelen van den eed: die niet «hetgeen geschied is, den rechter «onmiddellijk voor oogen stelt», maar slechts heeft «eene 's rech«ters overtuiging bloot formeel dwingende kracht.»

Oogenschouw en bericht van deskundigen, bekentenissen buiten rechte en vermoedens zijn volgens die leer *geen* bewijsmiddelen, de eerste niet als zijnde het voorwerp daarvan tijdens het geding *nog voor waarneming vatbaar*, de laatste niet als zijnde zelf *reeds bewezen* en den rechter slechts in de noodzakelijkheid brengende daaruit gevolgtrekkingen te maken op de zaak in geschil.

De *gerechtelijke* bekentenis is evenmin bewijsmiddel volgens Mr. L.; zij is een *rechtshandeling*, houdende *afstand* ten behoeve der wederpartij *van het recht op bewijs*. Maar zijn dan de *antwoorden eener partij*, *door verhoor op vraagpunten uitgelokt*, voor zoover zij erkentenissen inhouden, niet: *bekentenissen*, en wel, als voor den rechter afgelegd, *gerechtelijke* bekentenissen? Toch kan daarbij van een rechtshandeling, houdende afstand van het recht op bewijs, geen sprake zijn. Ook dient in het oog gehouden dat, met uitzondering van de antwoorden bij het verhoor op vraagpunten gegeven, de bewijskracht der gerechtelijke be-

kentenis *niet beperkt is tot het geding, waarin zij werd afgelegd.*

Van ons art., met zijn vijf bewijsmiddelen, zegt Mr. L., dat onze wetgever weder den Code eens afgeschreven heeft. Ik vermoed hier een drukfout, er zal moeten staan: «onze wetgever «heeft weder den Code eens niet afgeschreven», waarmede dan ook verband houdt wat er volgt: «en in Asser zijn lofredenaar «gevonden.» Immers Asser's lof betreft hier, als in den regel, juist het verschil in redactie tusschen het Nederlandsche en het Fransche artikel, waardoor, volgens Asser, het Nederlandsche duidelijk opgeeft: waarin *de bewijsmiddelen bestaan*, terwijl het Fransche het dwaalbegrip mogelijk maakt, dat er, behalve de opgenoemde, *nog andere* bewijsmiddelen zijn. Practisch mist intusschen het verschil alle beteekenis; immers de, andere bewijsmiddelen uitsluitende, bewoordingen van art. 1903 kunnen niet beletten dat de wet *elders* nog andere bewijsmiddelen aanwijst. Als zij er maar zijn, zal Mr. Levy zeggen. Nu, wat dat betreft, komt het mij voor van ondergeschikt belang te zijn of gerechtelijke plaatsopneming (oogenschouw) en onderzoek van deskundigen al dan niet tot de «bewijsmiddelen» te rekenen zijn, daar zij toch zonder twijfel middelen zijn, waardoor de rechter in staat wordt gesteld over de waarheid of onwaarheid van de feitelijke beweringen der partijen een oordeel te vellen.

Eindigende spreek ik de hoop uit, dat Mr. Levy bij het vervolgen zijner voortgezette verklaring zich meer dan tot nu toe moge houden aan de wijze van bewerken, door zijn voorganger gevolgd, en den Nederlandschen juristen voor het vierde boek van ons Burgerlijk Wetboek moge leveren *niet meer* en *niet minder* dan, wat de titel van het werk belooft:

de *verklaring onzer wet.*

Rotterdam, October 1893. Mr. J. Rombach.

H. W. VAN SANDICK, Onteigening par zônes. — Groningen, bij J. B. Wolters. 1892.

Zoodra onze politiek uit het teeken van het kiesrecht zal zijn uitgetreden, zal het onteigeningsrecht op den voorgrond komen.

Onder de geschriften, die met vrucht kunnen worden geraadpleegd, om den oorsprong en den tegenwoordigen stand van de

voornaamste geschilpunten, het eigendoms- en onteigeningsrecht betreffende, te leeren kennen, mag aan het academisch proefschrift van den heer van Sandick, *Onteigening par zônes*, een eerste plaats worden toegekend. En geen wonder, waar een doctorandus, die aan ijver en bekwaamheid de gave paart om zijn gedachten en die van anderen op heldere wijze uit te drukken en terug te geven, behalve den steun van hoogleeraren als Oppenheim en Drucker nog dien mocht genieten van een Kamerlid als den heer Mees. Inzonderheid bij de bewerking van het vierde hoofdstuk, tot opschrift hebbende «Is de onteigening par zônes bij ons reeds toegepast», gelijk mede bij de behandeling van de vraag, of die wijze van onteigening met de tegenwoordige grondwet al dan niet in strijd is, genoot de schrijver de best mogelijke voorlichting, en wie de *retroacta* betreffende deze vragen wenscht te raadplegen, vindt ze hier in een kort bestek volledig bijeen.

Ook heb ik niets dan lof voor de bewerking van het algemeene gedeelte, waarin over de onteigening in het algemeen wordt gehandeld. In korte, vaste trekken wordt de ontwikkelingsgang beschreven, dien de eigendomstheorie heeft doorloopen, om van het onjuiste beginsel van artikel 17 der Déclaration des droits de l'homme et du citoyen van den 26en Augustus 1789, volgens welke het eigendomsrecht een *onschendbaar* en *heilig* recht zou zijn, te komen tot de rechtsopvatting van Jhering en Stein, die het recht der gemeenschap weder in eere herstelt. In het eerste stelsel heeft men eigenlijk aan het onteigeningsrecht theoretisch geen plaats kunnen inruimen. De behoefte der maatschappelijke ontwikkeling dwong tot onteigening, inzonderheid voor groote werken ten behoeve van het verkeer, maar met de onschendbaarheid en heiligheid van het recht des eigenaars was zij nooit goed te rijmen. De spoorwegen en kanalen onzer dagen brachten daarom ook een omwenteling in de rechtsleer. Vroeger stijfde zij de grondeigenaren in de opvatting, als waren zij, na de afschaffing van het leenrecht, een soort van kleine souvereinen geworden. Maar de behoefte aan rechtlijnige verkeerswegen doorkruiste haar. Al stemden eigenaren en juristen aarzelend toe, slechts enkelen hadden den moed hunner overtuiging tegenover toestanden, als door weigering van onteigening zouden worden geboren, en wie eens het onschendbare heeft geschonden, het heilige voor materiëele belangen heeft doen wijken, is uit den aard der zaak voorbereid, ook het geloof aan die onschendbaarheid en heiligheid af te leggen.

Daardoor was het oog er voor geopend, dat met de opheffing der beletselen tegen den aanleg van verkeerswegen slechts één schrede op een nieuwen weg is gedaan. De beoefening der sociale wetenschap is vooruitgegaan en zij kan het feit niet loochenen of bemantelen, dat de tegenwoordige beperkte toepassing van de onteigening aan eigenaren, die geen hart voor het algemeen belang hebben, veroorlooft den gang der economische ontwikkeling te vertragen en te belemmeren, en dat de eerbiediging hunner rechten ongunstig werkt op de verdeeling van den rijkdom. Den eigenaren, die weten geduld te oefenen en die rijk genoeg zijn om het te kunnen doen, vallen schatten in den schoot, welke hun in billijkheid niet behoeven te worden toegekend. Waardevermeerderingen, zonder toedoen der eigenaars ontstaan, komen thans in hun zak, terwijl een goed geregelde onteigening par zône ze aan de gemeenschap kan doen ten goede komen, hetzij in den vorm van goedkoopere woningen, hetzij in den vorm van winsten der gemeentekassen.

Zeer terecht zegt de Schrijver: «Een onbeperkt eigendomsrecht bestaat er niet, heeft in geen enkele maatschappij bestaan en zal er nimmer wezen; aan de sanctioneering van dat recht is de uitdrukkelijke voorwaarde vastgeknoopt, dat deze eigendom aan eene bepaalde zaak, deze uitbreiding van de persoonlijkheid in de ruimte, als men het zoo noemen wil, slechts zoolang beschermd wordt, als zij in overeenstemming is met de belangen der maatschappij, en hoelang dit het geval is, op welk punt dit ophoudt, dat moet het hoogste gezag in den staat uitmaken» (p. 20—21).

Geschiedt echter de onteigening naar de waarde *met inbegrip der speculatieve waarde*, welke de uitzichten voor de toekomst ten tijde der onteigening reeds aan het te onteigenen goed hebben doen toekennen, dan wordt de gemeenschap slechts ten halve gebaat. Aan dit punt wordt door den Schrijver geen voldoende aandacht gewijd. De vraag welke regeling der schadeloosstelling in overeenstemming met de ook door den Schrijver gehuldigde rechtsopvatting behoort te worden aangenomen, wordt door hem niet *à fond* behandeld. Toch is zij van het uiterste belang, omdat het recht tot onteigening par zône weinig baat, wanneer het niet dan onder voor de gemeenschap hoogst bezwarende voorwaarden kan worden uitgeoefend. Het komt op die voorwaarden evenzeer aan, als op de mate van uitoefening van het recht. Een billijker en tevens aan het belang der gemeenschap meer bevorderlijke regeling der schadeloosstelling, dan de bestaande

wet inhoudt, is evenzeer noodig, als een ruimere bepaling ten aanzien van den omvang van het te onteigenen goed.

Bij voortgezette studie zal de Schrijver dieper in de economische vraagstukken moeten doordringen. Het is een vruchtbare gedachte, dat hij het eigendomsrecht noemt «een uitbreiding der persoonlijkheid in de ruimte», en in de onteigening een beperking dier ruimte in het belang der gemeenschap ziet. Maar niet alleen de gemeenschap komt in conflict met individuen, die te veel ruimte voor zich vorderen, andere individuen hebben evenzeer behoefte aan en aanspraak op ruimte. Wij hebben hier ook te doen met een grensbepaling van de aanspraken der individuen onderling en vooral daarvoor moet worden onderzocht, met welk doel en uit welke beweegredenen aan de individuen wordt toegestaan hun persoonlijkheid in de ruimte uit te breiden. Ik geloof, de juiste opvatting van het eigendomsrecht, welke aan een nieuwe regeling van eigendom en onteigening ten grondslag behoort gelegd te worden, is, dat het slechts een recht is op *de waarde*, voorzoover zij door eigen toedoen van den eigenaar en zijn rechtsvoorgangers is geschapen, en slechts in zóóver een recht op *de stof* en *de ruimte*, als voor de erkenning en handhaving van het recht op *de waarde* onmisbaar is. Dit beginsel wordt reeds in onze burgerlijke wetgeving als maatstaf ter beslechting van geschillen tusschen bijzondere personen aangenomen (vgl. artt. 657 vv., 661 vv.) In artikel 649 B. W. vindt men zelfs, ter bevordering van bepoldering of droogmaking, een onteigening van de gronden van eigenaren van verdronken landen, die niet tot het ontworpen werk willen medewerken, naar de waarde dier gronden *als verdronken land*, zonder bijvoeging alzoo van speculatieve waarde, die — bestond art. 649 B. W. niet — op het tijdstip der droogmaking reeds zou kunnen worden ontleend aan de behoefte der anderen, die de indijking ter hand wenschen te nemen.

De studie van dit punt heeft de Schrijver uitgesteld. Hij deelt mede, dat hij aanvankelijk ook het door mij ingediende wetsontwerp in den kring zijner beschouwingen had willen trekken, doch daarvan heeft afgezien om niet te veel hooi op de vork te nemen. Ik hoop, dat uitstel hier geen afstel worde, ook wijl ik naar de beginselen, in zijn geschrift gehuldigd, uitzicht heb, in hem een bondgenoot te vinden in mijn strijd tegen al te groote schuchterheid in de toepassing van het recht der gemeenschap en tegen de nog heerschende neiging om aan de individuen toe te laten, de grenzen hunner persoonlijkheid al te ver uit te zetten, zoodat feitelijk onze maatschappij er uitziet als een schouwburg,

waarin enkelen geheele rijen *stalles* te hunner beschikking hebben en het publiek zich op de staanplaatsen verdringt. Hier is een conflict, waarin het de plicht der wetenschap is, haar machtige en verzoenende stem te doen hooren. Vooral haar jeugdige beoefenaren moeten zich aan dien plicht wijden. Wij ouderen van dagen — ik ondervond het ook bij de bewerking dezer aankondiging — hebben hart en geest zóózeer ingenomen door andere werkzaamheden, dat ons weinig lust overblijft, om er nieuws in te schuiven. Wij gevoelen ons daarom steeds tot dank verplicht aan hen, die hun overvloed van jeugdigen ijver en tijd gebruiken aan schifting van het materiaal en veelzijdige toelichting betreffende vraagstukken, waarover eerlang een beslissing moet vallen. Ongetwijfeld zullen om die reden zeer velen er belang in stellen, dat de Schrijver — nadat hij het onderwerp, hetwelk hij ter hand nam, zoo uitnemend afwerkte — ook nog zijne krachten wijde aan de vraagstukken, die mijn ontwerp, buiten en behalve de onteigening par zône, in behandeling brengt.

's Gravenhage, 30 Sept. 1893. S. van Houten.

De volkenrechtelijke uitzonderingen van art. 8 Wetboek van Strafrecht. — Academisch proefschrift, door I. H. Tasset. — Amsterdam 1892.

Aan de omschrijving der grenzen van de heerschappij van het Nederlandsche Strafrecht, in de artt. 2—7 van het Wetboek van Strafrecht, is eene bepaling toegevoegd, luidende:

«De toepasselijkheid der artikelen 2—7 wordt beperkt door de uitzonderingen in het volkenrecht erkend.»

De aangehaalde bepaling eischt zeer zeker een commentaar. Het is niet gemakkelijk nauwkeurig te zeggen wat te dezen het volkenrecht voorschrijft. Wel volgen in vele gevallen de beschaafde volken eene standvastige handelwijze, maar daartegenover staan andere gevallen die twijfel doen rijzen, zoodat de beginselen, waarvan de bijzondere gevallen uitvloeisels zijn, niet met wetenschappelijke zekerheid vaststaan. De rechter, die art. 8 heeft toe te passen, kan daarom tegenover groote moeilijkheden staan. Hij heeft zich af te vragen wat onder volkenrecht is te verstaan, uit welke rechtsbronnen het zijne dwingende voorschriften put, en eindelijk wat die bronnen opleveren. Bij de beantwoording van die vragen zal hij te vergeefs steun zoeken bij art. 8. Genoemd

artikel schept geen nieuw recht. Wel maakt het, ten aanzien van het strafrecht, de twistvraag uit, of de rechter, bij de toepassing van het nationale recht, op het volkenrecht heeft te letten, maar meer zegt het niet. Ook is het artikel geene bepaling van specifiek Nederlandsch recht; de wetenschap, die hier als hulpwetenschap van het strafrecht dienst moet doen, is in den waren zin des woords eene internationale, algemeen menschelijke wetenschap, en een Nederlandsch commentaar op art. 8 W. v. S. onderscheidt zich van commentaren, waarin dezelfde vragen door vreemde schrijvers zijn besproken, alleen door de gebezigde taal.

Zeker is het evenwel, dat het uitdrukkelijk voorschrift van ons nationaal Wetboek van Strafrecht in ons land meer dan vroeger de aandacht heeft gevestigd op de wenschelijkheid van eene stelselmatige rangschikking en bewerking van het aanwezige internationale materiaal, en het werk van den Heer Tasset is vermoedelijk daaraan te danken. De Schrijver heeft zich met grooten ijver de uitgebreide literatuur van het volkenrecht eigen gemaakt, en den Nederlandschen beoefenaar van het strafrecht door zijn commentaar een grooten dienst bewezen. Dat hij te dezen de internationale wetenschap niet vooruit heeft gebracht, zou men hem alleen kunnen verwijten, indien men over het hoofd zag, dat zijn werk een academisch proefschrift, een eerstelingwerk is. Toch had ik gaarne gezien, dat hij, naast de stelselmatige rangschikking van bijzondere gevallen, ook eene poging had gedaan om uit die gevallen een algemeen rechtssysteem af te leiden.

De beoefenaar van het volkenrecht heeft m. i. twee uitersten zorgvuldig te mijden.

Het eerste is te bestempelen als de uitsluitend philosophische richting. Die richting, welke veelal door oudere schrijvers is gevolgd, wil alles afleiden uit een vooraf vastgestelde Goddelijke of natuurlijke rechtsorde, die den Staten rechten geeft en verplichtingen oplegt, onafhankelijk van de vraag of zij die rechten en verplichtingen in hun juridisch geweten hebben opgenomen. Het ligt voor de hand dat een Schrijver, die richting uitgaande, gevaar loopt het recht eener ideale samenleving te beschrijven, en dat zijn werk dikwijls onpractisch zal zijn.

Het tweede uiterste is de uitsluitend positieve richting, die niet zelden door staatslieden en diplomaten op grond van hunne ervaring wordt omhelsd. Deze richting erkent geen recht buiten datgene wat uit de uitdrukkelijke of stilzwijgende wilsovereenstemming der volken voortvloeit. Zij ontsnapt aan het gevaar van

droomen der verbeelding aan te zien voor dwingende voorschriften van recht, maar mist ook den wetenschappelijken zin, die de lessen der ervaring aanwendt tot verklaring en ontwikkeling van het levende recht.

M. i. moet de wetenschap de volkenrechtelijke vraagstukken tegelijk van hunne wijsgeerige en van hunne feitelijke zijde aangrijpen. Uitgaande van de hoogere eischen der rechtsorde, moet zij in het oog houden dat die eischen alleen dan den grondslag van een positief recht vormen, wanneer zij in het juridisch geweten der Staten zijn opgenomen. Maar zij moet uit de feitelijke beslissingen de beginselen afleiden, en die beginselen toetsen aan de eischen der rechtsorde. Op die wijze zal zij het juridisch geweten der volken voorlichten, en, zoo doende, den naam van wetenschap waardig zijn. Zoo haalt de Heer Tasset een treffend gezegde van Pradier-Fodéré aan: «Les meilleurs hommes pratiques seraient ceux qui emprunteraient à la théorie son flambeau pour verser la lumière sur les faits».

Dat gezegde brengt de Heer Tasset echter niet, of niet dan op onvoldoende wijze, in toepassing. Hij staat m. i. te veel op positieven bodem. Tractaten en gewoonten zijn, volgens zijne meening, de hoofdbronnen van het volkenrecht; zelfs de schrijvers zijn hem verdacht, omdat zij «meermalen hetgeen recht is verwarren met wat zij als zoodanig wenschen». De wijze van bewerking der stof, in den loop van het proefschrift, is daarmede evenwel niet in overeenstemming; het gezag der schrijvers komt daarbij veel meer tot zijn recht, dan men van den Heer Tasset, op grond van zijn algemeen oordeel, zoude verwachten. Ten duidelijkste blijkt het positivisme van den Heer T. uit zijne verklaring, dat hij menigmaal «wegens gemis van antecedenten of tegenstrijdigheid der gegeven beslissingen het *non liquet* zal moeten uitspreken». Daarmede is echter tevens het overdreven positivisme veroordeeld. Want de rechter, zeer zeker, zal toch nooit een «*non liquet*» mogen uitspreken. Moet dan elke twijfel, elke tegenstrijdigheid in de antecedenten, leiden tot de conclusie dat er in dat geval geen recht is, of zal niet veeleer de rechter zich moeten richten naar die antecedenten, welke met de eischen der rechtsorde in overeenstemming zijn? Beantwoordt men deze laatste vraag ontkennend, dan is het toch niet eens de moeite waard bij twijfelachtige punten stil te staan.

Al is evenwel de Schrijver geen wetenschappelijke baanbreker, zijn werk heeft de niet gering te schatten verdienste, dat het de verschillende gevallen, waarin van eene toepassing van art. 8

sprake kan zijn, duidelijk uiteenzet, zorgvuldig rangschikt, en daarbij de antecedenten en de meeningen der schrijvers vermeldt. Na eenige beschouwingen over het volkenrecht in 't algemeen en over het karakter der te behandelen uitzonderingen, bespreekt de Heer T. achtereenvolgens het geldende recht ten aanzien van gezanten, consuls, souvereinen, schepen en vreemde legerafdeelingen. De casus-positiën die onder verschillende omstandigheden kunnen ontstaan, bv. bij annexatiën, burgeroorlogen en usurpatiën, of wel ten aanzien van de gezanten en souvereinen, met hun gezin en hun gevolg, enz., enz., worden met talent behandeld, en de rechter zal het werk van den Heer Tasset met vrucht kunnen raadplegen, in het zeldzame geval dat hij eens eene van de besproken quaestiën zal hebben uit te maken. Niet dat de quaestiën zoo zeldzaam zijn. Zoo al niet bij souvereinen en gezanten, dan toch bij hun gevolg en dienstpersoneel, bij het talrijke consulaire corps, of bij de bemanningen van oorlog- en koopvaardijschepen in den vreemde, zullen niet zoo heel zelden misdrijven en overtredingen voorkomen. Maar de quaestiën zullen zelden den rechter bereiken. Meestal zal reeds in het voorbereidende stadium van het strafproces, het Openbaar Ministerie, al of niet op last der Regeering, van eene vervolging afzien. De Regeeringen zullen daarbij ook letten op overwegingen van internationale beleefdheid of van vrees voor internationale complicatiën, overwegingen die den rechter natuurlijk nimmer kunnen leiden.

Met eene bijzondere voorliefde heeft de Heer Tasset nog een hoofdstuk gewijd aan den Paus en de pauselijke gezanten. Zijne stelling is dat de Paus, door het feitelijk verlies van zijne wereldlijke heerschappij, geenszins zijne volkenrechtelijke privilegiën heeft verloren, omdat deze privilegiën van ouds veeleer aan zijne kerkelijke oppermacht dan aan zijne landsheerlijke rechten waren verbonden. M. i. behoort het vraagstuk meer tot het gebied der politiek dan tot dat der wetenschap. Vooralsnog geloof ik niet, dat er genoeg gegevens aanwezig zijn om de stelling van den Heer T. als wetenschappelijk gegrond te doen aannemen; in de practijk zal echter de politiek de Regeeringen er toe brengen in dergelijke gevallen de uiterste mate van inschikkelijkheid in acht te nemen, en daaruit kan zeer goed een vast gewoonterecht ontstaan.

Amsterdam, Sept. 1893. JITTA.

M. POLAK, de verplichting van den verkooper tot eigendoms-verschaffing. — Acad. Prft. — Groningen, Wolters, 1891 (188 blz.).

Het opschrift dezer zeer verdienstelijke dissertatie is bedrieglijk. Niet één, maar drie hoofdstukken uit de leer van het koopcontract worden door Mr. Polak achtereenvolgens ter sprake gebracht en onder handen genomen. Vooraf gaat een betoog over den handkoop (Inleiding), dan volgt de bespreking van het aangekondigde onderwerp (Hoofdstuk I), een tractaat over verkoop van eens anders goed (Hoofdstuk II) vormt het besluit. Laten wij nagaan, wat Mr. P. over ieder dier drie in het midden heeft te brengen.

Wat betreft den *handkoop* wil hij aantoonen, dat dit *negotium* niet mag worden gelijk gesteld met eene koopovereenkomst, waaraan terstond voldaan wordt. Wij bevinden ons dus op het gebied der *Begriffsjurisprudenz* (dialectica). Niet zonder talent voert mr. P. zijn pseudo-juridisch betoog; doch jammer is het, dat hij blijkbaar al schrijvende zichzelf in den waan brengt, met dit spelletje eenig resultaat te kunnen bereiken. Hij meent namelijk te kunnen betoogen, dat «de vraag, of er een handkoop of eene koopovereenkomst is gesloten», niet alleen «van theoretisch» (d. i. geenerlei) «gewicht is, maar ook van groot praktisch belang.» Dit belang zal namelijk daarin zijn gelegen, dat naar zijne constructie van den handkoop de betaling moet worden gepresumeerd, terwijl zij naar de constructie, die hij verwerpt, door den kooper moet worden bewezen. Alsof namelijk de bewijslast bepaald werd door dialectische constructiën, en niet veeleer uitsluitend afhangt van de vraag: wat is in de gegeven omstandigheden als regelmatig te presumeeren? Onverschillig welke constructie men aanneemt, die van mr. P., of die, welke hij verwerpt, zal de houder van een spoorwegkaartje gepresumeerd worden te hebben betaald, omdat de rechter weet, dat dergelijke bewijzen niet anders dan tegen betaling plegen te worden afgegeven.

Van meer belang is het onderwerp van Hoofdstuk I: de verplichting tot eigendomsverschaffing, welke de Schrijver zoowel *de iure constituto* als *de lege ferenda* nagaat. *Ius constitutum* omvat hier ook het historische (Romeinsche en Oudvaderlandsche) en een belangrijk deel van het uitheemsche (Duitsche) recht. Het gedeelte, dat over het Romeinsche recht handelt, is zorgvuldig bewerkt, met gebruikmaking der goede monographieën, die over dit onderwerp in den laatsten tijd in Duitschland zijn verschenen,

met name die van Eck (1874), die op geen geringer bekeerling dan den grooten conservatiéf Windscheid (*Lehrbuch* § 389 Note 8a) te wijzen heeft. Menigeen, die de studie niet heeft bijgehouden, zal bij mr. P. met verwondering leeren, dat naar Romeinsch recht de verkooper niet altijd aan zijne verplichting voldoet door bloote bezitsverschaffing, en het boek wellicht geërgerd ter zijde leggen:

vel quia nil rectum, nisi quod placuit sibi, ducunt,
Vel quia turpe putant parere minoribus et, quae
Imberbi didicere, senes perdenda fateri.

Wat het hedendaagsch Nederlandsch recht betreft, is Mr. P. op goeden grond van meening, dat de verkooper met bloote bezitsverschaffing niet volstaat, dat hij met name ook moet medewerken tot de juridieke levering (art. 671) door het onderteekenen en afgeven van de daartoe gevorderde akte. Doch waarom wijst hij niet op de slotbepaling van art. 1518? De verkooper wordt aldaar in de verplichting gesteld tot het overgeven der voorhandene eigendomsbewijzen. Ziedaar reeds iets, dat bloote bezitsverschaffing te boven gaat en het medewerken tot de juridieke levering aanvult.

Onder de uitheemsche rechten, die door mr. P. vergeleken zijn, mis ik tot mijn spijt het Engelsche. Dit is vooral daarom jammer, omdat het Engelsche recht misschien het eenige is, dat (bij onroerend goed) consequent blijft in de leer, dat de verkooper gehouden is tot eigendomsverschaffing. De bezorgdheid van mr. P., dat zulk een eisch, consequent toegepast, den verkooper aan allerlei chicanes blootstelt, wordt in Engeland door de praktijk schitterend bevestigd, zij het ook al, dat door eene complicatie van omstandigheden de kooper mede-slachtoffer is, en een derde met de winst gaat strijken. Men zie hierover: Torrens, *Essay on transfer of land*, bl. 12—14; Pollock, *Land laws*, bl. 168 vg.; of ook mijne *Beginselen van Grondboekwetgeving*, bl. 86—88.

De iure constituendo doet mr. P. slechts één enkelen voorslag. Het recht op zekerheidstelling, dat art. 1552 den met uitwinning bedreigden kooper toekent, indien hij namelijk den koopprijs nog in handen heeft, dat recht wil mr. P. hem onvoorwaardelijk zien toegekend, dus ook dan, wanneer de verkooper den prijs reeds gebeurd heeft. Mij komt het voor, dat deze vordering reeds *de iure constituto* niet kan worden afgewezen, omdat de betaling de rechten des koopers niet vermindert, maar veeleer vermeerdert (art. 1514). Doch men weet het: voor Nederland

geldt de regel, *malignius leges interpretandae sunt.* Een ieder wachte zich dus voor schade!

Hoofdstuk II bevat ten slotte nog eene aardige proeve van harmonistiek. Het komt er op aan art. 1507, dat nietigheid van den verkoop van eens anders zaak voorschrijft, in verband te brengen met de overige bepalingen van het B. W., waar de geldigheid dier handeling verondersteld wordt. De oplossing van mr. P. is deze, dat art. 1507 van kracht is vóór, de andere artikelen nà de levering [1]). Dit neemt niet weg, dat ook hij gezegd artikel, dat reeds voor velen een steen des aanstoots geweest is, liefst geheel en al opgeheven zoude zien, mits door de wetgevende macht, want dat de rechter het artikel op zijde zoude schuiven, is in de oogen van mr. P. eene enormiteit en erger nog dan het geïncrimineerde artikel zelf. Ik voor mij geloof, dat mr. P. hier overdrijft. Het op zijde schuiven van onbruikbare wetsartikelen door den rechter is enkel een kwestie van tijd, geen voorwerp van goed- of afkeuring. Zelfs Windscheid vermant zich daartoe weleens (*Lehrbuch* § 444 Note 9). Art. 11 der A. B. is een schoon artikel, doch de feiten leeren anders.

Om te resumeeren: de academische proeve van mr. P. is eene proeve van dialectiek (Inleiding), van rechtsgeleerd onderzoek (Hoofdstuk I), van harmonistiek (Hoofdstuk II). Elk deel op zich zelf legt getuigenis af van niet geringe bedrevenheid en doet ons met belangstelling naar verdere geschriften van dezelfde hand uitzien. Moge dan slechts de geachte onderzoeker zijn krachten geheel concentreeren op datgene, wat inderdaad wetenschappelijk belang heeft, en met name de eeuwig onvruchtbare dialectica aan hen overlaten, die toch niets praesteeren kunnen.

J. C. Naber.

De cheque. — Academisch Proefschrift van J. A. F. Geisweit van der Netten. — Utrecht 1892.

Het proefschrift van den Heer G. v. d. N. vestigt, in een beknopten, duidelijken en zaakrijken vorm, de aandacht op een handelspapier, dat in vele landen een belangrijke rol speelt, al

---

[1]) Eene andere (mijns inziens even goede) oplossing geeft mr. H. S. in het *W. v. N.-A. e. Reg.*, nº. 1206.

kan de jurist niet altijd zeggen onder welk nummer van den wettelijken catalogus van handelspapieren het eigenlijk thuis behoort. De populariteit van minder goed allooi, welke de cheque in Frankrijk aan de Panama-schandalen dankt, is niet de reden geweest, die den Schrijver de pen in de hand heeft gegeven. Met een roman van den ouden stempel heeft zijn werk alleen die eigenschap gemeen, dat het een eenigszins langen tweeden titel voert: *Eenige opmerkingen naar aanleiding van de beweging in Duitschland ten gunste eener cheque-wet; mede naar aanleiding van het Nederlandsche ontwerp 1886 tot regeling van het handelspapier.*

De Schrijver gaat zeer zorgvuldig het karakter van den cheque na. Hij treedt echter niet in theoretische beschouwingen over het verbintenisscheppende feit bij order- en toonderpapier in het algemeen; de hoofdzaak is voor hem het verschil tusschen den cheque en den zicht-wissel.

De stof is door den Heer G. v. d. N. in drie afdeelingen gesplitst:

I. De cheque volgens ons stellig recht.
II. Vreemde wetgevingen.
III. In welke verhouding behoort de cheque tot den zicht-wissel te staan?

Ik acht het echter dienstiger, ten einde een juist beeld van de door den Schrijver verkregen uitkomsten te geven, de indeeling te volgen die door hem in den hierboven gemelden tweeden titel van zijn proefschrift is gemaakt, al doe ik het in omgekeerde volgorde. De te behandelen vragen komen dan neer op een critisch onderzoek van de cheque-bepalingen in het Ontwerp van 1886, en op eene beoordeeling van de Duitsche beweging ten gunste van eene cheque-wet. Beide vragen komen overigens hierop neer: bestaat er voldoende grond om een diep onderscheid te maken tusschen een cheque en een zichtwissel?

In ons stellig recht heeft de cheque eene cameleontische natuur. Het kan zijn dat hij het karakter van een wissel heeft, wanneer de wettelijke vereischten van een wissel aanwezig zijn. Zoo niet, dan kan men met eene assignatie of een kassiersbriefje te doen hebben. Volkomen te recht wijst de Schrijver er op, dat het onlogisch is bij papieren, waarmede men hetzelfde doel beoogt, belangrijke verschillen in de gevolgen te doen afhangen van den vorm. Vooral komt daarbij uit — en dat behoort tot de kern der quaestie — dat de vorm van een kassiersbriefje aan den houder van een cheque een preferentierecht op het fonds bezorgt (art. 226 K.), terwijl zulks niet het geval is wanneer een andere

vorm is gebruikt, in het bijzonder die van een zichtwissel (art. 110 K.).

Daaruit volgt dat men bij eene herziening van onze wetgeving op het handelspapier wel degelijk op den cheque heeft te letten. Alleen is het de vraag of die oplettendheid zich moet toonen door eene afzonderlijke regeling van den cheque, naast den wissel, zooals het Ontwerp van 1886 heeft gedaan, dan wel door eene hervorming van het wisselrecht, in niet-formalistischen zin, zoodat de cheque in het wisselrecht kan plaats vinden. De Schrijver komt, op zeer goede gronden, tot de laatste conclusie. Zijne studie van het Engelsche en het Amerikaansche recht verschaft hem daarbij zeer practische argumenten.

Ten aanzien van Duitschland moet men in de beweging ten gunste van eene cheque-wet twee drijfveeren onderscheiden. Zooals thans de zaken staan, komen in Duitschland de van elkaar afwijkende particuliere wetgevingen der Bondsstaten bij den cheque te pas, en het is begrijpelijk dat men vóór alles eenheid van recht wenscht, door middel van de Rijkswetgeving, onafhankelijk van den inhoud der te maken regeling. Met die drijfveer heeft zich de Schrijver zeer te recht niet lang bezig gehouden. De andere drijfveer is de zucht om eene bepaalde opvatting van den cheque door de Rijkswet te doen huldigen. Daarbij ontstaat de vraag of de cheque al of niet met den zichtwissel moet samenvallen, of althans eene species daarvan moet vormen, en het is hoofdzakelijk met die vraag dat het proefschrift zich bezighoudt.

Gaarne had ik gezien dat de Schrijver daarbij meer nadruk had gelegd op het feit, dat de Duitsche beweging zoo niet afhangt van, dan toch verbonden is met eene quaestie van zegelrecht. De Duitsche «Wechselordnung» zwijgt over den cheque, maar niet het «Wechselstempelgesetz» van 10 Juni 1869. Deze wet stelt den cheque vrij van het wisselzegel, in de navolgende bewoordingen (§ 24, 2e lid):

«Befreit von der Stempelabgabe sind:

«1°. die statt der Baarzahlung dienenden, auf sicht zahlbaren «Platzanweisungen und Checks (d. i. Anweisungen auf das Gut«haben des Ausstellers bei dem die Zahlungen desselben be«sorgenden Bankhause oder Geldinstitute) wenn sie ohne Accept «bleiben, ...»

Met het oog op die vrijstelling van het wisselzegel, definieert de fiscale wet den cheque. Het kenmerkende ligt blijkbaar in de woorden *auf das Guthaben*. Er moet bij den betrokkene een te goed van den uitgever, een fonds zijn; eene omstandigheid

die, naar de Duitsche opvatting, van geen invloed is op het karakter van den wissel.

Nu spreekt het van zelf dat de definitie der zegelwet de Duitsche wetenschap niet bindt. Toch geloof ik dat die definitie op de wetenschappelijke opvatting van den cheque in Duitschland meer invloed heeft gehad dan men zou meenen, ja meer invloed dan de Duitsche geleerden geneigd zijn te erkennen. De wetenschap heeft zich niet los kunnen maken van dat «Guthaben», van dat fonds. Zij maakt — natuurlijk met vele schakeeringen — den cheque afhankelijk van het fondscontract, zij wil den houder een vorderingsrecht tegen den betrokkene geven, ook zonder acceptatie, eene opvatting die tot het aannemen van een preferentierecht van den houder op het fonds leidt, in geval van faillissement van den uitgever. Zelfs is men zoover gegaan, dat men strafbepalingen heeft geëischt, voor het geval dat een cheque zonder fonds mocht worden uitgegeven.

Zoo ziet men in de Duitsche cheque-beweging het merkwaardige verschijnsel, dat de Duitsche wetenschap, bij den wissel het abstracte karakter van het circulatiepapier handhavende, bij den cheque, beschouwd als betalingspapier, de Fransch-Belgische opvatting nadert, die zoowel bij den wissel als bij den cheque de fondsbezorging invloed doet uitoefenen op de rechten van den houder van het handelspapier.

Het Duitsche wisselrecht laat de overeenkomst, die in den regel tusschen den trekker en den betrokkene wordt gesloten naar aanleiding van den wissel, de fondsbezorging, buiten het eigenlijke wisselrecht. Bestaat er een fonds, dan heeft de houder er hoegenaamd geen recht op, en, bij faillissement van den trekker, behoort het fonds — afgezien van de gevolgen der acceptatie — aan diens boedel. Zoo zegt het ook onze wet in art. 110 K. In het Fransch-Belgische recht daarentegen, geldt de wisseltrekking als eene overdracht van het fonds, als een afstand door den trekker, ten behoeve van den nemer en latere houders, van de penningen die hij bij den betrokkene te goed heeft. Van daar dat de houder een preferentierecht heeft op het fonds, behoudens onderlinge regeling, wanneer er meer wissels op hetzelfde fonds zijn getrokken. Zoo uitdrukkelijk mogelijk is dat stelsel belichaamd in art. 6 der Belgische wisselwet van 20 Mei 1872.

Alle theoretische beschouwingen daargelaten, zoo is het zeker dat de Fransch-Belgische opvatting aan den wissel een extra-waarborg hecht, die in de tegenovergestelde opvatting ontbreekt. Zeer zeker de waarborg is niet absoluut, want de trekker kan zoovele wissels op hetzelfde fonds stapelen, dat het gemeenschappelijk privilegie der

houders uitermate dun wordt. Maar, al is het geen waarborg tegen bedrog, het is er wel een tegen ongelukken, die een eerlijken trekker kunnen overvallen, en dat is niet zonder beteekenis, omdat de handel zich veel beter, door nauwgezette informaties, tegen bedrog kan dekken, dan tegen rampen, die een solieden koopman ten val kunnen brengen.

Wat hiervan zij, het is opmerkelijk dat in Duitschland, door het hechten aan het «Guthaben» bij den cheque, de quaestie van het toekennen van een preferentierecht op dat «Guthaben» weder is ontstaan. Met die quaestie valt of staat m. i. de noodzakelijkheid van een speciaal cheque-recht. Wil men de preferentie, dan moet men den cheque, met de uiterste zorg en door in het oog vallende formaliteiten, van den wissel onderscheiden, want dan is een cheque iets geheel anders dan een wissel, naar de Duitsche opvatting van den wissel. Zoo niet, en tot die meening hel ik met den Heer G. v. d. N. over, omdat in Duitschland, zoowel als bij ons, de handel meer waarde hecht aan de degelijkheid der handteekeningen dan aan het hypothetische fonds, dan acht ik eene afzonderlijke cheque-wet, met formalistische onderscheidingen, te eenenmale verwerpelijk.

De elementen van de hierboven geschetste quaestie zijn, op zeer verdienstelijke wijze, in het proefschrift van den Heer Geisweit van der Netten verzameld, en zijn werk vormt eene belangrijke bijdrage tot de ontwikkeling van onze wetsbepalingen op het handelspapier.

Amsterdam, Sept. 1893. JITTA.

J. GERRITZEN, het ontstaan en tenietgaan van de actie gedurende het proces. — Prft. Leiden 1892. — 194 bl. [1]).

Door toevallige omstandigheden hebben wij verzuimd eerder de aandacht te vestigen op dit lezenswaardige, degelijke proefschrift, waarin eene belangrijke vraag van procesrecht op heldere wijze wordt behandeld.

De heer Gerritzen heeft zijne eersteling, eenigszins op de wijze van de Fransche proefschriften, verdeeld in twee deelen, het eene gewijd aan het Romeinsche, het andere aan het Ne-

[1]) Eene aankondiging van de hand van Mr. Levy vindt men in W. n°. 6228.

derlandsche Recht. In beide deelen onderzoekt hij eerst den invloed van het tenietgaan, daarna dien van het ontstaan der actie gedurende het proces.

Terwijl het Romeinsche recht te dezen alleen historische beteekenis heeft, is het eene vraag van groot practisch belang, wat als geldend recht moet worden beschouwd. Inzonderheid de kennismaking met het tweede deel van Mr. Gerritzen's proefschrift meenen wij dan ook bepaaldelijk te mogen aanbevelen.

Op de details van dit deel zullen wij niet ingaan, maar wel wenschen wij erop te wijzen, dat Schr.'s beschouwingen zich kenmerken door een frisschen, practischen zin, die gunstig afsteekt bij de doctrinaire argumenten, die men bij de beantwoording van vragen van procesrecht zoo vaak ontmoet.

De conclusies, waartoe Schr. komt, zijn in het kort deze: het tenietgaan van het vorderingsrecht gedurende het proces heeft ten gevolge, tenzij de wet uitdrukkelijk iets anders bepaalt, dat de eisch moet worden afgewezen; het ontstaan van het vorderingsrecht eerst nà de dagvaarding is geen reden, om den eisch niet toe te wijzen. De juistheid dezer stellingen, welke in de praktijk nog niet algemeene erkenning hebben gevonden, moet worden beaamd. Schr. licht ze toe op eene duidelijke, zaakrijke wijze; ook vindt hij gelegenheid, nog enkele andere processueele vragen te bespreken. Wanneer wij ten slotte vermelden dat de jurisprudentie overal door hem wordt aangegeven, mag onze aanbeveling door het voorafgaande voldoende gemotiveerd heeten.

M.

Die strafrechtliche Haftung des verantwortlichen Redacteurs, von dr. Fr. Oetker, Professor in Rostock. — Stuttgart, Ferdinand Enke, 1893.

Bovenstaand werkje, mij door de Redactie ter bespreking in dit tijdschrift toegezonden, bevat slechts 26 bladzijden, doch daarachter 90 pagina's fijn ineengedrukte aanteekeningen, waarin een schat van gegevens zoo voor de Duitsche als voor vreemde persrechten.

Toch geloof ik dat het werk, van hoe hooge waarde ook voor onze Duitsche naburen, voor ons persrecht slechts van matig belang is, en het is uitsluitend met het oog op dit laatste dat ik de inleiding van het boekje bij de Nederlandsche juristen op mij nam. Dit blijkt reeds uit pag. 53, waar gezegd wordt dat ons

Strafwetboek nauwe verwantschap toont met het systeem der successieve verantwoordelijkheid van het Belgische persrecht.

Voor deze opvatting gaf het oorspronkelijk ontwerp van ons Strafwetboek alleszins aanleiding, en in zoover las ik deze uitspraak van den geleerden Duitschen professor met genoegen, daar, indien hij zulks in ons tegenwoordig Strafwetboek leest, het toch werkelijk zoo vreemd niet is, als de heer Lohman in de discussies over het Ontwerp-strafwetboek in de 2de Kamer zulks vond, dat ik in het anders dan onze wet geredigeerde ontwerp, waarin bovendien de artt. 418 en 419 niet voorkwamen, eene verwantschap met het Belgische systeem meende te vinden. Maar die opvatting is, daargelaten of zij juist was met het oog op de terminologie van het Ontwerp, zeer zeker onjuist wat onze thans geldende wetgeving betreft.

Daarbij is met het systeem der successieve verantwoordelijkheid voor goed gebroken. De afwijking van de gewone regelen van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid in onze wet gehuldigd ligt niet hierin dat, zooals ook naar het Duitsche recht mogelijk is, iemand, die zonder opzet gehandeld heeft, toch voor het door middel van de pers gepleegde misdrijf verantwoordelijk kan worden gemaakt, maar in de bepaling dat, waar de hoofddader van het persdelict bekend en vervolgbaar is, zij, die door beroepsdaden daaraan hebben deelgenomen, niet deswege vervolgd kunnen worden. Nu spreekt onze wet wel niet met name van den redacteur, maar daaruit volgt m. i. niet dat de wet te zijnen aanzien van haar systeem is afgeweken, doch behoort wegens dit stilzwijgen veeleer aangenomen te worden, dat naar onze wet de redacteur een soort uitgever is, en moeten dus de bepalingen, voor den drukker en uitgever geschreven, geacht worden mede op hem toepasselijk te zijn, mits hij tot de publicatie slechts als redacteur heeft medegewerkt.

De vraag of een redacteur als zoodanig tot eene publicatie heeft medegewerkt, is echter veel moeilijker te beantwoorden dan zulks omtrent drukker en uitgever (in den technischen zin) het geval is, daar het beroep van den redacteur in vele gevallen medebrengt kennisneming van den inhoud der publicatie, en hij dus, kennende den inhoud, de openbaarmaking heeft gewild. Hierin ligt de bron van de groote moeilijkheden, waartoe juist de positie van den redacteur bij de beantwoording der vraag naar zijne verantwoordelijkheid wegens de publicatie aanleiding kan geven; moeilijkheden, die althans ten deele gemakkelijker op te lossen zouden zijn, indien ook speciaal omtrent hem bepalingen, als in

de artt. 53, 54, 418 en 419 Sr. vervat, in de wet opgenomen waren. Nu zulks niet geschied is, loopt men gevaar dat de redacteur, die niets heeft gedaan dan in zijn beroep tot de publicatie medewerken, als dader verantwoordelijk wordt gesteld voor eene openbaarmaking, die hij, den inhoud kènnende, wel als redacteur, maar niet met het opzet van den auteur van dien inhoud, gewild heeft, en waarvoor hij de verantwoordelijkheid naar de beginselen van onze wet aan den auteur behoort te kunnen overlaten, zal hij niet genoodzaakt zijn als censor op te treden van datgene, waaraan hij als redacteur openbaarheid geeft.

Mocht blijken dat dit gevaar niet denkbeeldig is, en dat ook de verantwoordelijkheid van een redacteur bij ons eene speciale regeling behoeft, dan zal zonder twijfel ook op hem het beginsel toegepast worden, dat hij, bij bekendheid en vervolgbaarheid van den dader, niet wegens deelneming aan een persdelict door zuivere beroepsdaden vervolgd wordt, met strafbaarstelling van die beroepsdaden als delicta sui generis, indien zij met grove onvoorzichtigheid of te kwader trouw gepleegd zijn, in geval de dader onbekend of onvervolgbaar is, doch niet blijkt van mededaderschap of medeplichtigheid van den redacteur volgens de beginselen van de artt. 47 en 48 Sr. Maar nimmer zal naar den geest van onze wet de redacteur, die niets heeft gedaan dan als zoodanig, zij het dan ook met kennisneming van den inhoud, tot eene strafbare publicatie mede te werken, als dader dier publicatie strafbaar gesteld worden. Ook bij hem mag in de loutere uitoefening van zijn beroep niet bewijs gelegen zijn voor het opzet, dat een element vormt van elke strafbare openbaarmaking.

Is dit waar naar ons recht, dan heeft het mij ter beoordeeling gezonden werkje ook voor onze toekomstige wetgeving geen praktisch belang, want dan zal zeker de daarin vervatte theorie nimmer tot grondslag genomen worden voor de regeling van de verantwoordelijkheid van den redacteur. De strekking er van toch is om voor de successieve verantwoordelijkheid, ten aanzien van den redacteur in § 20 al. 2 van het Reichspressgesetz gehuldigd, een juisteren theoretischen grondslag aan te wijzen. De bepaling luidt: «Ist die Druckschrift eine periodische, so ist der «verantwortliche Redacteur als Thäter zu bestrafen, wenn nicht «durch besondere Umstände die Annahme seiner Thäterschaft «ausgeschlossen wird.»

De Schrijver ziet hierin niet louter een regel van bewijsrecht, eene praesumptie ten aanzien van den dader, maar de toepassing

van eene strafrechtelijke verantwoordelijkheid voor derden, welke zooals hij aantoont in verschillende strafwetten voorkomt, en waarvan hij de kenmerken en eigenaardigheden opspoort en uiteenzet, om daaruit een systeem op te bouwen waarnaar zij behoort te worden toegepast. Deze strafrechtelijke verantwoordelijkheid kan zijn òf verantwoordelijkheid voor de door een derde gepleegde daad, òf verantwoordelijkheid voor het ondergaan van de straf. Bij de eerste behoort de verantwoordelijke persoon het plegen van de daad te voorkomen, bij de tweede te zorgen voor de bestraffing van den dader. Doet hij dit niet, dan wordt hij geacht de dader te zijn.

Voor dit instituut eens strafrechtelijken borgtochts vindt de Schrijver een prototype in de *actio de effusis et dejectis* van het Romeinsche recht, die gegeven wordt *in eum qui ibi habitavit*, onverschillig of hij zelf of iemand anders het voorwerp uit het huis heeft geworpen. Gelijksoortige bepalingen wijst de Schrijver aan in verschillende verordeningen betreffende o. a. veldpolitie, optochten, verkeerdelijk vervaardigen van recepten in eene apotheek, enz. Uit de Nederlandsche fiscale strafwetgeving zouden treffende staaltjes bij te brengen zijn, hoe de wetgever ruim gebruik van die strafrechtelijke verantwoordelijkheid voor eens anders daden weet te maken ter behartiging van de belangen van den fiscus.

Dat de verantwoordelijkheid van hen, die tot het publiceeren van een persproduct medewerken, veelal geregeld is op eene wijze, die verwantschap toont met de hierboven bedoelde gevallen, is niet te ontkennen, en het streven van den Schrijver, om voor deze strafrechtelijke verantwoordelijkheid voor eens anders daad de rechtsbeginselen na te sporen en het karakter er van uiteen te zetten, is zeker navolgenswaardig..... indien men aanneemt dat dergelijke verantwoordelijkheid eene plaats in het strafrecht behoort te vinden. Doch m. i. is er in het hedendaagsche strafrecht geene plaats voor eene leer, die verantwoordelijk maakt voor vreemde schuld en vreemde daad. Al kan men in tal van oude, meestal verouderde, wetsbepalingen aanwijzen dat de wet hem, die bij nauwgezette plichtsvervulling het begaan van eene strafbare daad had kunnen voorkomen, althans zorgen dat de straf den dader zou treffen, bij niet-vervulling van dien plicht als dader van het door een ander gepleegde strafbare feit straft, zoo volgt daaruit nog niet dat die wetgever naar juiste en humane beginselen van recht heeft gehandeld.

Mij komt het voor, dat strafrechtelijk men alleen verantwoor-

delijk gesteld mag worden voor eigen daad en eigen schuld. Eene leer, die, zooals de Schrijver zelf erkent, nu en dan tot bestraffing van een onschuldige moet leiden, is reeds daarom verwerpelijk. Bij het plegen van een strafbaar feit kan dikwijls een derde zoodanig betrokken zijn, dat zonder zijne medewerking of niet-verhindering het feit niet gepleegd zou zijn. Is die medewerking of niet-verhindering verleend met het opzet samen met den dader het feit te plegen, of dezen in het plegen daarvan behulpzaam te zijn, dan is die derde natuurlijk mededader of medeplichtige. Maar is zulks niet het geval, heeft die derde niet desbewust, d. i. wetende dat er een strafbaar feit gepleegd werd, gehandeld, dan is hij voor het gepleegde feit ook niet als dader of medeplichtige verantwoordelijk. Het is echter zeer wel mogelijk dat zijne medewerking of niet-verhindering op zich zelve een strafbaar, hetzij doloos of culpoos, feit vormt. Maar dan behoort hij deswege strafbaar gesteld te worden, niet wegens het eerstbedoelde feit, betwelk hij niet het opzet had te plegen.

Al de gevallen, waarin de wet iemand strafrechtelijk verantwoordelijk maakt voor de handelingen van anderen als hadde hij ze zelf gepleegd, behooren m. i. als crimina sui generis gestraft te worden. Op deze wijze zullen de moeilijkheden, die zich vooral bij den zoogenaamden verantwoordelijken redacteur voordoen, veel beter worden opgelost, dan door de strafrechtelijke verantwoordelijkheid voor derden tot een rechtsinstituut te verheffen, en ze ook in de theorie van het strafrecht eene plaats te geven, die ze tot nog toe slechts sporadisch en in strijd met de algemeene m. i. juiste beginselen omtrent daderschap en medeplichtigheid in enkele wetten of verordeningen had.

De oplossing van de vraag hoe de verantwoordelijkheid van den redacteur te regelen, zou ik dus niet zoeken langs den door den Schrijver aangegeven weg, 't geen niet wegneemt dat die weg met groote scherpzinnigheid en veelomvattende kennis is afgebakend, welke het volgen er van voor den jurist tot een genoegen maken en hem den tijd, er aan gewijd, als welbesteed zullen doen beschouwen.

L. U. de Sitter.

O. KÖBNER, Méthode d'une statistique scientifique de la récidive, comme base d'une réforme de la statistique criminelle. (Traduit de l'allemand par E. Vinck, Bruxelles.) — Berlin, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, 1893. — 120 bl.

Tot de onderwerpen, behandeld in de onlangs te Parijs gehouden vergadering der Internationale Vereeniging voor Strafrecht, behoorde ook de vraag, naar welk stelsel eene wetenschappelijke en éénvormige recidivisten-statistiek dient te worden ingericht. Het hierboven vermelde geschrift is de Fransche vertaling van het door een uitnemenden Berlijnschen deskundige naar aanleiding van die vraag gegeven praeadvies. Als zoodanig zou het te dezer plaatse veilig onbesproken en onvermeld kunnen blijven.

Het geschrift heeft echter juist op dit oogenblik in het bijzonder voor Nederland een groot actueel belang.

Ettelijke maanden geleden is namelijk door den Minister van Justitie aan de Centrale Commissie voor de Statistiek opgedragen, advies uit te brengen omtrent de vraag, welke wijzigingen de Gerechtelijke Statistiek behoort te ondergaan, zoowel wat betreft hare inrichting, als met betrekking tot den aard van de opgaven en de wijze waarop de opgaven worden verkregen en verwerkt.

Het is — dit zij terloops opgemerkt — te hopen, dat de Commissie ook de inrichting enz. der Statistiek van het Gevangeniswezen, die zich zoo nauw aan het strafrechtelijk gedeelte der Gerechtelijke Statistiek behoort aan te sluiten, binnen den kring harer bemoeiingen zal mogen trekken. Herhaaldelijk toch is gebleken, dat die *beide* samenhangende statistieken te onzent gebrekkig zijn ingericht en dat zij geregeld zwijgen of de meest onzinnige antwoorden geven op de haar gestelde vragen (zie laatstelijk o. a. *W. v. h. R.* n°. 6357 en Jhr. Mr. A. J. Rethaan Macaré's toespraak bij de opening der jongste vergadering van het Genootschap tot zedelijke verbetering der gevangenen).

Ieder die weet, hoe deze belangrijke aangelegenheden reeds sedert geruimen tijd allerwege aan de orde zijn, en die — al is het slechts oppervlakkig of bij referaat — kennis genomen heeft van de uitvoerige geschriften en debatten, die daarover in de laatste jaren elders zijn verschenen en gevoerd, zal beseffen, dat de Commissie bij de vervulling der haar opgedragen taak zal komen te staan voor eene breede reeks van lastige vragen en moeilijkheden, die heel wat hoofdbrekens zullen kosten.

Tot die moeilijkheden behoort ook de verzameling der bouwstoffen voor- en de inrichting van onze recidivisten-statistiek. Op de onbetrouwbaarheid en de onvolledigheid dier statistieke gegevens heb ik in het *Tijdschrift voor Strafrecht* [1]) gewezen. Mijn opstel heeft althans dit ten gevolge gehad, dat de verhouding der herhaling van strafbare feiten tot de veroordeelden bij de arrondissements-rechtbanken in het algemeen, die voor de 4 laatste maanden van 1886 en voor 1887, 1888 en 1889 werd vermeld als te bedragen 1½, ruim 1½, 2 en 2%, voor 1890 plotseling geklommen is tot 21%, — «derhalve», zoo zegt het Verslag leukweg, «19% meer dan in het vorige jaar» —, en voor 1891 tot 25%. Overigens is ongeveer alles wat dit onderwerp betreft, bij 't oude gebleven. Van eene aanwending der door mij aangegeven middelen ter verbetering is vooralsnog geen spoor te bekennen. En ik durf alzoo gerust verklaren, dat ook thans nog onze recidivisten-statistiek waardeloos is en wij (met Turkije, Griekenland en een paar andere landen) nog steeds een jammerlijk figuur maken tegenover de overige Europeesche Staten.

Voor hen, die thans geroepen zijn te dezer zake aan de Regeering advies te geven, en voor ieder ander, wien de behoorlijke regeling dezer aangelegenheid ter harte gaat, is in Köbner's arbeid veel kostbare voorlichting te vinden.

Hij begint met te wijzen op eene kolossale fout, die tegenwoordig nog allerwege in de recidivisten-statistiek gemaakt wordt. De tabellen geven namelijk aan: 1°. het geheele aantal in zeker jaar veroordeelden, en 2°. het aantal veroordeelde recidivisten in datzelfde jaar; en uit die beide getallen wordt dan het percent der recidivisten berekend. Deze berekening deugt echter niet: men vergelijkt dan twee grootheden, die tot elkander in geene verhouding staan. Het aantal recidivisten moest namelijk vergeleken worden, niet met het totaal aantal der in datzelfde jaar veroordeelden (van dezen *kan* slechts een klein gedeelte in hetzelfde jaar recidiveeren), maar met het aantal personen, die in staat zijn om recidivist te worden («Rückfallsfähige» noemt Köbner hen); dat is: met de personen, die 1°. reeds vroeger eens of meermalen straf ondergaan hebben, althans veroordeeld zijn; 2°. in de gelegenheid zijn, om een nieuw delikt te plegen, waartoe vóór alles gevorderd wordt, dat ze nog in leven zijn. Bovendien moet, voor de berekening der «herhaling» in den zin onzer wetgeving, worden onderzocht, hoeveel van die personen

[1]) *Tijdschr. v. Strafrecht*, V, bl. 1, 121 en 270.

voldoen aan de wettelijke vereischten, voor de herhaling gesteld, eene voorwaarde, die met het oog èn op de artt. 421—423 Swb., èn op de speciale bepalingen betreffende de herhaling, de juiste berekening zeer ingewikkeld maakt. Voorts moet rekening gehouden worden met de toe- of afneming der bevolking, met de toe- en afneming der algemeene criminaliteit in den Staat, met de omstandigheden, die de vroeger veroordeelden het plegen van verdere delikten voorgoed of tijdelijk onmogelijk of nagenoeg onmogelijk maken (behalve de dood komen hier in aanmerking opsluiting als straf, opsluiting wegens krankzinnigheid of gijzeling, vertrek, voortdurende ziekte, enz.). Eene zoogenaamde recidivisten-statistiek, die met dit alles geene rekening houdt en die ons eenvoudig leert, dat onder al de in een zeker jaar veroordeelde personen x reeds vroeger veroordeeld waren, geeft een verhoudingscijfer, dat voor de juiste kennis van het recidivistendom van nul en geener waarde is. Wil men van de recidivisten-statistiek werkelijk het nut trekken, dat zij in staat is te geven, dan moet men zich niet tevreden stellen met de berekening van die ééne algemeene verhouding, want die beteekent niets. Maar men moet de bouwstoffen verzamelen voor allerlei verschillende verhoudingen. Zoo zal men, bijv. wat de vermogensdelikten afzonderlijk betreft, moeten onderzoeken, hoe groot het aantal is van de in zeker jaar, stellen wij 1893, nog in leven, in het land en in vrijheid zijnde valide personen, die binnen de laatstvoorgaande 5 jaren eene tegen hen wegens een vermogensdelikt uitgesproken gevangenisstraf geheel of ten deele hebben ondergaan, of aan wie die straf geheel is kwijtgescholden, of te wier aanzien het recht tot uitvoering dier straf nog niet is verjaard; men zal moeten nagaan, hoeveel van *die* personen in 1893, en wel in het 1e, 2e, ... 5e jaar na hunne vroegere veroordeeling, zich opnieuw aan een vermogensdelikt hebben schuldig gemaakt. Voorts zou de statistiek moeten aanwijzen, ten aanzien van hoevelen de straf is verhoogd boven het gewone maximum; — in welke gestichten de recidivisten hunne vroegere straffen hebben ondergaan; — hoevelen vroeger in een Rijksopvoedingsgesticht, in eene kindergevangenis of ook, als kind, in een huis van bewaring opgesloten geweest zijn, enz. Desgelijks voor de geweldplegingen tegen personen, voor de beleedigingen, en voor alle speciale delikten, waarbij herhaling in aanmerking kan komen. Onafhankelijk van onze wetgeving, en alzoo ook om te geraken tot de kennis van hetgeen men vroeger noemde: den *herval* in misdrijf, zal men de veroordeelingen van den-

zelfden persoon moeten nagaan over langere dan de wettelijke herhalings-termijnen, en ook moeten onderzoeken, hoeveel geweldplegers reeds vroeger ter zake van diefstal waren veroordeeld, en omgekeerd; — hoeveel jachtstroopers naderhand tot diefstal of geweldpleging komen; — hoeveel smokkelaars zich later aan vermogensdelikten schuldig maken (men denke bijv. aan de «zoutdragers» van het Rucphensch Heike); — men zal vooral ook de gegevens moeten verzamelen en verwerken, waaruit de gevolgen van het drankmisbruik op de criminaliteit nauwkeuriger zullen worden gekend. Bij dat alles moet de statistiek de noodige opgaven behelzen betreffende het geslacht en den leeftijd en, ter beoordeeling van de plaatselijke verbreiding der recidieve, ook betreffende de woon- of verblijfplaats der recidivisten. Eindelijk moet zij ons kennis verschaffen aangaande de intensiteit der recidieve, d. i. aangaande de vraag, hoeveel personen in al de bedoelde rubrieken voor de 1e, de 2e. de 3e enz. maal recidiveeren (recidivisten van den 1sten, 2den enz. graad); en bij de berekening van de verhoudingen in dit opzicht moet natuurlijk steeds weer in acht genomen worden, dat alleen van belang is de verhouding der recidivisten van den 2den graad tot de Rückfallsfähigen van den 1sten, die der recidivisten van den 3den graad tot de Rückfallsfähigen van den 2den, enz.

Over al die vraagpunten bewaren onze statistieke tabellen een doodelijk stilzwijgen, zoodat Köbner volkomen terecht mocht verklaren, dat gegevens betreffende de vroegere bestraffingen der delinquenten slechts «in sehr beschränktem Masze» in onze statistiek te vinden zijn. En dat zal zoo blijven, zoolang wij ons tot onze ouderwetsche en algemeen als hoogst gebrekkig erkende verzameling der gegevens, alleen door middel van jaar-tabellen, blijven bepalen. Er is maar één middel om in deze de noodige verbetering aan te brengen; en dat middel is de invoering van *strafkaarten* of *strafbladen* (*bulletins individuels* en *casier judiciaire*, *Strafregister*, *cartellini* en *casellario giudiziale*), waarop ik in mijne straksvermelde opstellen heb aangedrongen. De werkelijke omvang, dien het recidivistendom heeft, kan niet blijken uit één jaarcijfer, maar alleen uit de combinatie der gezamenlijke strafrechtelijke biografieën der recidivisten; en die biografieën, die misdadigersloopbanen kunnen zonder individueele bulletins onmogelijk worden gekend.

Hoe vollediger die strafbladen worden ingevuld en bijgehouden, des te beter zullen zij aan het doel beantwoorden. En al is het misschien wat veel gevergd, dat de daaruit op te maken tabel-

len dadelijk en geregeld nopens al de hierboven aangegeven vragen de gewenschte inlichting zullen geven, desniettemin zullen de strafbladen de bouwstoffen moeten en ook gemakkelijk kunnen bevatten, die voor allerlei later eventueel in de eene of andere richting in te stellen onderzoekingen noodig kunnen zijn.

Uitvoerig behandelt Köbner de vraag, wat aan de casiers en de tabellen (in het buitenland) nog ontbreekt, om een juist inzicht te geven in den omvang enz. van de recidieve. Voorstellen ter verbetering en aanvulling worden door hem toegelicht, en door eene reeks van modellen toont hij ons aan, hoe de tabellen z. i. ingericht moeten worden. Het is hier niet de plaats om zijne voorstellen te beschrijven, veel minder nog, om ze uitvoerig te bespreken. Eene grondige beoordeeling daarvan is trouwens lang geen gemakkelijke zaak. Dit alleen wil ik er van zeggen, dat, naar mij voorkomt, Köbner's denkbeelden in beginsel onbetwistbaar juist zijn; dat wij, bij eene inrichting der strafbladen overeenkomstig zijne voorstellen, des noods nog met eenige aanvullingen, daarin den geheelen strafrechtelijken levensloop der veroordeelden afgespiegeld zullen zien; en dat, wanneer eenmaal de statistieke tabellen naar den door hem aangegeven vorm zullen zijn ingericht, wij daardoor tot eene juiste kennis van den stand der recidieve zullen kunnen geraken. Het is alleen maar de vraag, of zijn plan practisch uitvoerbaar is.

In de vergadering, waarin Köbner's praeadvies is besproken, werd dit ernstig betwijfeld. Yvernès bijv. voerde aan, dat, om het aantal te bepalen van hen, die *kunnen* recidiveeren («Rückfallsfähigen»), men — naar ik meen, voor Frankrijk alleen — het onderzoek zou moeten uitstrekken over meer dan 7 millioen strafbladen. Een onbegonnen werk! Het is waar, men zou het kunnen verdeelen over een groot aantal ambtenaren; doch ook dan zou ik vreezen, dat, zelfs al mocht men vertrouwen op de nauwlettendheid en den goeden wil van al die ambtenaren, de zekerheid van het resultaat toch bij lange na niet aan den gekoesterden wensch zal beantwoorden. Het overlijden bijv. of het definitief vertrek uit het land van een zeker aantal veroordeelden zal, welke maatregelen men ook neme, zonder twijfel onbekend blijven; en deze zich telken jare opstapelende fout zou langzamerhand misschien wel zulke geduchte afmetingen krijgen, dat zij de waarde van het eindcijfer in niet geringe mate zou verminderen.

Ook ik ben dus niet blind voor de bezwaren, aan Köbner's

stelsel verbonden[1]). In een klein land als het onze, zullen zij echter van minder omvang zijn en althans voor een deel gemakkelijker uit den weg zijn te ruimen, dan in een grooten Staat. Al kwam men evenwel te onzent tot het besluit, dat Köbner's voorstellen niet ongewijzigd of zelfs in 't geheel niet voor verwezenlijking vatbaar zijn, dan *moet* òf een gewijzigd, òf een geheel ander stelsel worden uitgedacht; want zóó gebrekkig als de regeling te onzent is, kan en mag ze niet blijven. Dit staat in ieder geval vast, dat, hoe men de statistieke tabellen ook zal willen inrichten, voor een juist oordeel over den stand der criminaliteit en over de werking van het Strafwetboek de volledige kennis van het recidivistenwezen onmisbaar is, en dat deze kennis nergens anders uit te putten is, dan uit een «casier judiciaire». Zelfs afgezien van Köbner's amendementen, kan die instelling, ook met hare tegenwoordige inrichting, dienaangaande een vrij juist en volledig inzicht geven. Zoo heeft o. a. een onderzoek, door Prof. Garçon te Rijssel ingesteld ten aanzien van ééne enkele letter (de *M*), hem de overtuiging verschaft, dat het aantal recidivisten veel grooter is, dan men gemeenlijk denkt.

Dat wij ook in Nederland binnen niet al te langen tijd eene dergelijke instelling zullen verkrijgen, daarvan houd ik mij zeker en vast overtuigd. En al moeten we op dit oogenblik nog met een gevoel van wrevel en schaamte over onze achterlijkheid erkennen, dat Köbner wat al te voorbarig zeide: «la Hollande est sur le point d'introduire les casiers judiciaires .... la Hollande, où un projet est déposé», laat ons, in die onjuiste mededeeling een gunstig voorteeken ziende, hoopvol uitroepen:

Accipio omen!

Leiden, Sept. 1893. H. van der Hoeven.

---

[1]) Ter vereenvoudiging en ter besparing van kosten heeft Köbner ook voorgesteld, de strafrechtelijke statistiek voortaan niet meer ieder jaar, maar telkens over perioden van 3 of 5 jaren te publiceeren.

OPMERKINGEN EN MEDEDEELINGEN.

A. Wetgeving.

Frankrijk. — Den 6den Dec. 1883 werd door den Minister van Justitie een ontwerp eener wet op de naamlooze vennootschappen, ter vervanging van de wet van 24 Juli 1867, bij den Senaat ingediend [1]). Na in de zittingen van 31 Oct. en 29 Nov. 1884 door den Senaat te zijn aangenomen, werd het Ontwerp, thans 112 artikelen tellende, den 2 Febr. 1885 bij de Kamer van Afgevaardigden aanhangig gemaakt. Sedert is voor het Ontwerp een lijdensgeschiedenis begonnen, die ten gevolge heeft gehad dat van het oorspronkelijke plan niet veel is terecht gekomen. De hervorming van het vennootschapsrecht is uitgeloopen op eene wet tot wijziging van de wet van 24 Juli 1867, welke den 1sten Augustus l.l. haar beslag heeft gekregen.

Deze wet telt 7 artikels; de eerste vijf strekken tot wijziging en aanvulling van de artt. 1, 3, 8, 27 en 42 der wet van 1867, het zesde voegt aan die wet vijf nieuwe artikelen (68—72) toe.

Artikel 1 (wijziging van art. 1 der wet v. 1867) bepaalt, dat bij commanditaire vennootschappen het kapitaal niet mag worden verdeeld in aandeelen of onderaandeelen van minder dan frs. 25, indien het kapitaal niet meer bedraagt dan frs. 200.000, van minder dan frs. 100 indien het kapitaal meer bedraagt dan frs. 200.000. Voor de oprichting dezer vennootschappen wordt gevorderd plaatsing van het geheele kapitaal, alsmede volstorting in contanten door ieder aandeelhouder van de door hem genomen aandeelen, indien deze niet grooter zijn dan frs. 25, van minstens het vierde gedeelte dier aandeelen indien zij frs. 100 of meer bedragen. Krachtens art. 24 der wet van 1867 gelden deze bepalingen ook voor naamlooze vennootschappen.

Volgens art. 2 (ter vervanging van art. 3 der wet van 1867) moeten aandeelen (eener commanditaire vennootschap op aandeelen) tot-

---

[1]) Zie *Rechtsgeleerd Magazijn* IV (1885), bl. 414 vlg. *Annales de droit commercial* I (1886/7), 1re partie, p. 105 s.

dat ze zijn volgestort, op naam staan. Wegens inbreng mogen alleen volgestorte aandeelen worden afgegeven. Deze aandeelen zijn eerst verhandelbaar na verloop van twee jaren na de oprichting der vennootschap. Door de bestuurders moeten ze worden voorzien van een stempel, dat hun karakter en den dag van de oprichting der vennootschap vermeldt. De inschrijvers, latere verkrijgers en houders van aandeelen zijn hoofdelijk aansprakelijk voor de volstorting. Evenwel eindigt de aansprakelijkheid van de inschrijvers en houders die hunne aandeelen hebben overgedragen, voor de ten tijde der overdracht nog niet uitgeschreven stortingen, twee jaren nà de overdracht. Ook dit artikel is krachtens art. 24 op naamlooze vennootschappen toepasselijk.

Artikel 3 (aanvullende art. 8 der wet van 1867) beperkt de vorderingen tot nietigverklaring van eene (commanditaire) vennootschap (op aandeelen). De vordering tot nietigverklaring der vennootschap of van handelingen verricht of vergaderingen gehouden nà de oprichting der vennootschap is niet meer ontvankelijk indien, vóór de dagvaarding, de grond der nietigheid heeft opgehouden te bestaan. Evenzoo de vordering, gegrond op de aansprakelijkheid voor de feiten die de nietigheid veroorzaakten, indien vóór de dagvaarding de grond der nietigheid heeft opgehouden te bestaan en bovendien drie jaren zijn verloopen sedert de nietigheid is ontstaan.

Indien tot dekking van de nietigheid de bijeenroeping van een algemeene vergadering noodzakelijk is, is de vordering tot nietigverklaring niet meer ontvankelijk van den dag der bijeenroeping dier vergadering.

Vorderingen tot nietigverklaring van handelingen, vereischt voor de oprichting der vennootschap, verjaren in tien jaren. Op deze verjaring kan evenwel gedurende de eerste tien jaren nà de afkondiging der wet geen beroep worden gedaan.

Artikel 4 (aanvullende art. 27 der wet van 1867) bepaalt dat houders van minder aandeelen (eener naamlooze vennootschap), dan vereischt worden om toegelaten te worden tot de algemeene vergadering van aandeelhouders, zich kunnen vereenigen ter bereiking van het vereischte getal en zich alsdan door een hunner kunnen doen vertegenwoordigen.

Artikel 5 (tot wijziging en aanvulling van art. 42 der wet van 1867) verklaart de oprichters en de bestuurders in functie eener naamlooze vennootschap, in geval van nietigverklaring der vennootschap of van handelingen of vergaderingen, deswege ook jegens de aandeelhouders *hoofdelijk* aansprakelijk.

Voorts verklaart het de bovenvermelde bepalingen van art. 3 ook toepasselijk op naamlooze vennootschappen.

De door art. 6 aan de wet van 1867 toegevoegde nieuwe artikelen bepalen resp.:

art. 68 dat vennootschappen, overeenkomstig den Code de comm. als commanditaire of naamlooze vennootschappen opgericht, welke ook haar doel moge wezen, vennootschappen van koophandel zijn, onderworpen aan de wetten en gewoonten van den koophandel;

art. 69 dat namens iedere vennootschap van koophandel hypotheek kan worden verleend, krachtens bevoegdheid ontleend aan de akte van oprichting of aan eene machtiging gegeven in den vorm bij die akte bepaald;

art. 70 dat wanneer de vennootschappen (onderworpen aan de wet van 1867) zijn voortgegaan met het betalen van interesten of dividenden van aandeelen, obligaties of andere effecten, aflosbaar gesteld bij eene uitloting, de aldus betaalde sommen niet kunnen worden teruggevorderd als het stuk wordt aangeboden ter aflossing;

art. 71 dat de bepaling, voorkomende in art. 50 al. 1, volgens welke aandeelen in coöperatieve vereenigingen niet kleiner mogen zijn dan frs. 50, vervalt.

Het laatste artikel (7) bevat ten slotte de overgangsbepalingen.

Eene wet van 12 Juni 1893 — sedert eenige jaren voorbereid — betreft *de gezondheid en veiligheid der arbeiders in de inrichtingen van nijverheid.*

De wet is volgens art. 1 toepasselijk op fabrieken en werkplaatsen, van welken aard ook, en hare aanhoorigheden. Uitgezonderd zijn alleen de inrichtingen, waar slechts leden van het gezin worden te werk gesteld onder gezag van vader, moeder of voogd. Evenwel kan ook daar de Inspecteur veiligheids- en gezondheidsmaatregelen voorschrijven, indien de arbeid geschiedt met behulp van stoom- of mechanische beweegkracht, of wanneer het bedrijf behoort tot de gevaarlijke of ongezonde.

De inrichtingen, in art. 1 bedoeld, moeten voortdurend in zindelijken staat worden onderhouden en, uit het oogpunt van gezondheid en veiligheid, de noodige waarborgen aanbieden voor het welzijn der arbeiders. Zoo wordt o. a. bepaald, dat raderen, wielen, riemen en andere gevaarlijke deelen op zoodanige wijze van de arbeiders gescheiden moeten zijn, dat deze niet anders er bij kunnen komen dan voor de behoeften van den dienst.

Putten en openingen moeten omheind zijn. Werktuigen, gereedschappen, enz. moeten zijn ingericht en worden onderhouden in den best mogelijken toestand van veiligheid (art. 2).

Bij algemeenen maatregel van bestuur zullen, binnen drie maanden na de uitvaardiging der wet, algemeene voor alle inrichtingen geldende beschermings- en gezondheidsvoorschriften worden vastgesteld, met name wat betreft verlichting, luchtverversching, drinkwater, privaten, verwijdering van stof en dampen, voorzorgen tegen brand, enz. Naarmate de behoefte blijkt, zullen later bijzondere voorschriften volgen voor bepaalde bedrijven (art. 3).

De Inspecteurs van den arbeid zijn belast met het toezicht op de naleving der wet. Wat de toepassing der algemeene maatregelen betreft, maken zij geen proces-verbaal op, alvorens den ondernemer te hebben aangemaand, binnen zekeren tijd de grieven weg te nemen (artt. 4—6).

De ondernemers of hunne vertegenwoordigers, die de wet of een algemeenen maatregel overtreden, worden gestraft met geldboete, welke in geval van herhaling tot 2000 francs kan klimmen (artt. 7 en 9). Bovendien bepaalt het vonnis, binnen welken tijd de volgens de wet voorgeschreven werken moeten worden uitgevoerd; wordt daaraan geen gevolg gegeven, dan kan de rechter ten slotte bevelen, dat de inrichting zal worden gesloten (art. 8).

De Inspecteurs geven, telken jare, uitvoerig verslag over de toepassing der wet; zij vermelden de voorgekomen ongevallen en de oorzaken daarvan; zij doen vorstellen omtrent nieuwe bepalingen, waardoor de veiligheid van den arbeid beter zou worden verzekerd. De Minister van Handel en Nijverheid publiceert jaarlijks een overzicht dezer verslagen (art. 10).

Voorts wordt nog in art. 11 den ondernemers en hunnen vertegenwoordigers de verplichting opgelegd, omtrent elk in hun bedrijf voorgekomen ongeval, dat verwonding van een of meer arbeiders heeft veroorzaakt, verklaring af te leggen bij het gemeentebestuur, dat daarvan kennis geeft aan den Inspecteur.

Eene wet van 3 Februari 1893 strekt tot *aanvulling der artt. 419 en 420 van den Code pénal.* Het eerste artikel luidt:

> «Sera puni des peines prévues par l'art. 420 du C. pén. quiconque, par des faits faux ou calomnieux, semés à dessein dans le public, ou par des voies ou moyens frauduleux quelconques, aura provoqué ou tenté de provoquer

des retraits de fonds des caisses publiques ou des établissements obligés par la loi à effectuer leurs versements dans les caisses publiques.»

De hier bedoelde straffen zijn: gevangenisstraf van 2 maanden tot 2 jaren en geldboete van 1000 tot 20000 francs. Evenwel maakt art. 2 der wet, door art. 463 C. P. toepasselijk te verklaren, inachtneming van verzachtende omstandigheden mogelijk.

Deze wet is als een waar spoedstuk behandeld: door de Regeering op 31 Januari 1893 bij de Kamer van Afgevaardigden ingediend, werd ze reeds drie dagen later door den Senaat aangenomen, na een mondeling verslag door den rapporteur der Commissie van onderzoek. Aanleiding tot dezen maatregel gaven de aanvallen, sedert eenigen tijd tegen de spaarbanken gericht met het doel, bij het publiek twijfel te verwekken nopens de soliditeit dezer inrichtingen en de inleggers aan te sporen tot het terugnemen hunner spaarpenningen. De bestaande strafwet bleek geen middel te verschaffen om de onruststokers behoorlijk te treffen. Omdat het niemand in de gedachte was gekomen, eene campagne tegen de spaarbanken te ondernemen, had men tot dusver die leemte niet opgemerkt; nu ze aan den dag kwam, meende men zich te moeten haasten, er in te voorzien.

Eene wet van 29 December 1892 — welke haar ontstaan dankt aan een voorstel, door den Senator Morel in 1891 ingediend — handelt over *de schade, aan bijzondere eigendommen veroorzaakt door de uitvoering van openbare werken.*

De wet heeft tweeërlei doel. Vooreerst wordt, in art. 1, het geval voorzien, dat het betreden van particulieren grond noodig is voor de bestudeering van ontwerpen voor (burgerlijke of militaire) openbare werken. De op dit punt geheel nieuwe regeling betreft de wijze, waarop verlof wordt verkregen tot deze inbreuk op den eigendom, alsmede de schadevergoeding, welke den eigenaar wordt uitgekeerd. Vervolgens geeft de wet, in artt. 2—18, voorschriften omtrent tijdelijke inbezitneming van terreinen met het doel aldaar materialen te delven of te verzamelen of opgravingen te doen, of met eenig ander doel in verband met de uitvoering van publieke werken. In dit opzicht beoogt de wet aanvulling van bestaande bepalingen, ten einde den eigenaar meer waarborgen te verschaffen.

Duitschland. — Eene wet van 19 Juni 1893 strekt *tot aanvulling der bepalingen op den woeker.* De wijzigingen in het Strafwetboek

zijn tot stand gekomen, gelijk ze reeds luidden in het Ontwerp, hierboven bl. 142 vermeld. Het voorschrift omtrent de crediet-operatiën is nu aldus vastgesteld:

Wie een beroep er van maakt, geld- of credietzaken te verrichten, moet jaarlijks de rekening afsluiten voor ieder, die eene dergelijke zaak met hem heeft gedaan en daardoor zijn schuldenaar is geworden; hij moet den schuldenaar binnen drie maanden na afloop van het jaar een schriftelijk uittreksel dezer rekening mededeelen, waaruit, behalve het saldo, ook blijkt, hoe dit is ontstaan.

Wie zich aan deze verplichting opzettelijk onttrekt, wordt gestraft met geldboete tot 500 Mark of met hechtenis en verliest zijne aanspraak op rente over het afgeloopen jaar ten aanzien van de handelingen, die in de rekening moesten zijn opgenomen.

Deze bepalingen zijn niet toepasselijk: 1°. wanneer de schuldbetrekking berust op slechts ééne in het afgeloopen jaar afgesloten handeling, waaromtrent den schuldenaar schriftelijke mededeeling is gedaan; 2°. op openbare banken en verschillende andere in de wet opgesomde dergelijke instellingen; 3°. op het handelsverkeer tusschen kooplieden, wier firma is ingeschreven in het handelsregister.

Ten slotte behelst de wet nog eene aanvulling van § 35 der *Gewerbeordnung*, volgens welke aan degenen, wier onbetrouwbaarheid door feiten is gebleken, verboden kan worden, bij wijze van beroep handel te drijven in vee of in land.

De wet van 26 Maart 1893 brengt wijziging in § 69 van het Strafwetboek voor het Duitsche Rijk. De daarbij vastgestelde tekst bestaat uit drie zinsneden. De eerste luidt: «De verjaring wordt geschorst gedurende den tijd, waarin op grond van een wettelijk voorschrift de strafvervolging niet kan worden begonnen of voortgezet.» — De tweede bevat de bepaling, welke vroeger het geheele artikel vormde; zij komt overeen met art. 73 van ons Strafwetboek. — De nieuwe wet voegt hierbij een derden regel, luidende: «is volgens de strafwet voor de strafvervolging eene klachte of eene machtiging noodig, zoo wordt door het ontbreken van de klachte of de machtiging de loop der verjaring niet verhinderd».

Eene uit 12 artikelen bestaande wet van 3 Juli 1893 is gericht *tegen het verraden van militaire geheimen*. Zij brengt eenige wijziging in de §§ 89 en 90 van het Strafwetboek en stelt straf

op verschillende handelingen ten aanzien van geschriften, teekeningen of andere voorwerpen, waarvan de geheimhouding in het belang der landsverdediging noodzakelijk is. Geldboete of hechtenis beloopt verder degene, die inrichtingen van leger en vloot, versterkingswerken, oorlogschepen, oefeningsplaatsen, enz. betreedt, in strijd met de door de militaire overheid uitgevaardigde en ter plaatse zelve zichtbare voorschriften.

Italië. — Den 23sten Augustus ll. werd door den Minister van Justitie eene Commissie benoemd met opdracht te onderzoeken welke wijzigingen moeten worden gebracht in de bepalingen van het Wetboek van Koophandel omtrent de levensverzekering, het faillissement en de aanvaring. De Commissie bestaat uit de HH. F. Auriti, senator, procureur-generaal bij het Hof van Cassatie te Rome; C. Alaggia, raadsheer in het Hof van beroep te Rome; E. Bensa, hoogleeraar te Genua; M. Besso; Prof. L. Bolaffio, advocaat; M. Caveri, advocaat; Prof. G. Danieli, lid van het Parlement; G. Giorgi, staatsraad, senator; V. Lebano, advocaat; U. Manara, hoogleeraar te Genua; A. Marghieri, hoogleeraar te Napels; T. Orsini, senator; G. B. Ridolfi, voorzitter van het Hof van beroep te Bologna; A. Rinaldi, lid van het Parlement; D. Supino, hoogleeraar te Pisa; E. Vidari, hoogleeraar te Pavia; en C. Vivante, hoogleeraar te Bologna. Voorzitter is de senator Auriti.

Eene wet van 46 artikels dd. 15 Juni 1893 regelt onder den naam van «Collegi di probi-viri» de instelling van rechtbanken van vroede mannen ter beslechting door verzoening of rechtspraak van geschillen, die bij de uitoefening van een tak van nijverheid tusschen de ondernemers en de werklieden of leerlingen, of ook tusschen de werklieden als zoodanig, ontstaan.

Zwitserland. Neuchatel — Hoewel de unificatie van het strafrecht in Zwitserland, waartoe overeenkomstig een votum der Juristen-vereeniging van 1887 door de centrale regeering weinigen tijd later in beginsel werd besloten, daadwerkelijk en krachtig wordt voorbereid — getuige o. m. de op last van den Bondsraad verrichte arbeid, het synoptisch overzicht der verschillende kantonale strafwetboeken met bijbehooren en de systematische behandeling der grondbeginselen van een algemeen strafwetboek, beide door Prof. Carl Stoos — wordt er inmiddels in de kantons

geenszins allerwege onthouding betracht op het gebied der strafwetgeving. Met name het kanton Neuchatel betoont zich in dezen actief. Terwijl Schaffhausen en Aargau in 1890, onder aandringen bij de centrale regeering op bespoediging der werkzaamheden der unificatie, besloten af te zien van de reeds voorgenomen herziening hunner strafwetboeken, meende Neuchatel, met het oog op den onvermijdelijk langen duur dier werkzaamheden, de reeds besloten vernieuwing van zijn crimineel recht te moeten doorzetten. Dientengevolge werd in 1891 de in vele opzichten moderne en interessante Nouveau Code Pénal Neuchatelois ingevoerd, — reeds vroeger vermeld — en ligt thans een noodzakelijk complement, eene revisie van het formeele strafrecht, gereed om door den «Grand Conseil» te worden aangenomen en nà het wettelijk referendum te worden ingevoerd.

Deze herziening van het Wetboek van Strafvordering, dat eerst van 1874 dagteekent en nog in 1884 eenige verbetering en aanvulling had ondergaan, is uitgegaan van, en evenals de Code Pénal van 1891, in ontwerp bewerkt door den eminenten geleerde en staatsman A. Cornaz, tot voor kort chef van het departement van justitie van Neuchatel; is daarna beoordeeld door een speciale commissie van elf deskundigen, samengesteld uit twee hoogleeraren, leden van de magistratuur en van de balie, en vervolgens in handen gesteld van de gewone commissie (uit den «Grand conseil») voor de wetgeving. In den tijd van één jaar werden alle deze stadia doorloopen; inderdaad een zeldzaam voorbeeld van vlug werken.

Het wetboek behelst niet minder dan 549 artikels, ingedeeld in de volgende X titels, die, behalve de titels II en X, weer in afzonderlijke onderdeelen behelzende en afzonderlijke opschriften dragende chapiters — en deze waar noodig weer in secties — zijn onderverdeeld: tit. I, Dispositions générales et règles diverses; tit. II, De la police judiciaire: tit. III, Du ministère public, de la partie civile et de la défense; tit. IV, Des Témoins; tit. V, Des opérations de l'enquête; tit. VI, Des arrêts de la chambre d'accusation sur recours et sur enquête; tit. VII, Des débats et du jugement; tit. VIII, Des voies de recours; tit. IX, De l'exécution des jugements, des frais et amendes et de leur recouvrement; tit. X, De la réhabilitation des condamnés, benevens Dispositions transitoires et clause abrogatoire. De aanschouwelijke verdeeling en groepeering van de stof, zoozeer afwijkende van de indeeling van ons Wetboek van Strafvordering, levert inderdaad voor de kennisneming van den rijken inhoud groot gemak, al is zij van zekere stijve leerstel-

ligheid niet vrij te pleiten. Nauwkeurigheid en volledigheid zijn niet de geringste deugden van het werk, die intusschen hier en daar tot een uitvoerigheid hebben geleid, welke o. a. eenige eerder in algemeene of bijzondere instructiën of ook in de strafwetgeving thuishoorende regels deed opnemen.

Onder de nieuwe bepalingen trekken, naast vele andere, de aandacht: de mogelijkheid van opschorting gedurende 3 maanden eener te ondergane vrijheidstraf, waarvan de onmiddellijke executie den veroordeelde of zijn gezin een aanzienlijk, door de veroordeeling niet bedoeld nadeel zou toebrengen (art. 516); de toekenning van schadeloosstelling naar gelang van geleden materieel en moreel nadeel bij in revisie gebleken onschuld van een veroordeelde (art. 508); de verkorte wijze van berechting van een aantal zaken van minder ernstigen aard bij betrapping op heeter daad (artt. 353, 357); de behandeling als heeterdaad van tweede herhaling van landlooperij, van herhaling van bedelarij, dronkenschap en m. d. (art. 358); de verplichte benoeming van een verdediger ten behoeve van preventief gedetineerden en de toevoeging van een raadsman op verzoek aan den niet gearresteerden verdachte in alle zaken van ernstigen aard vóór de sluiting van het onderzoek (artt. 174, 175); de verplichte benoeming van een verdediger, waar het voornemen bestaat den verdachte onder observatie te stellen tot onderzoek van zijn geestestoestand (art. 177); de imperatief voorgeschreven opening van hoofd, borst- en buikholte bij autopsie (art. 137); de autorisatie tot het optreden der civiele partij bij het onderzoek van deskundigen. Voorts mag op het volgende, dat meerendeels, hetzij dan met of zonder wijzigingen, uit de vorige Strafvordering is bijbehouden, in 't bijzonder worden gewezen: de bepalingen omtrent het voorloopig in vrijheid blijven van den verdachte en de daartoe strekkende borgstelling (tit. I, chap. V, sect. II en III); de behandeling der prejudicieele quaesties (tit. I, ch. VII); de voorschriften omtrent huiszoeking (met papier-onderzoek), het plaatselijk onderzoek en dat van deskundigen in chap. VIII, IX en X van tit. I; de regeling van het optreden der civiele partij, chap. II van tit. III, die van de verdediging in chap. III van denzelfden titel; de in tit. IV saamgevatte regels omtrent de getuigen; de revisie in tit. VIII, chap. II; de voorschriften omtrent het verhaal van gerechtskosten en boeten, tit. IX, chap. III; de rehabilitatie, tit. X.

Verschil van land en volksaard, van toestanden en opvattingen maakt vele elders, in casu te Neuchatel, deugdelijke regelingen

en instituten voor overneming of navolging ten onzent ongeschikt. Zoo zal o. a. rechtspraak door de jury, de bijzondere positie en machtskring van een rechter van instructie hier niet licht ingang vinden. Maar evenzeer verdienen vele andere punten uit den herzienen Code de procédure pénale van Neuchatel alleszins grondig onderzoek en ernstige overweging, en verdient de raadpleging van dit belangrijk stuk wetgevenden arbeid bij de eventueele — immers dringende — herziening van ons formeel strafrecht zeker niet te worden verzuimd.

S. v. d. A.

B. Diversa.

Onder de verdienstelijke beoefenaars der rechtswetenschap, die in den laatsten tijd overleden, mogen o. a. de volgenden genoemd worden:

V. von Meibom, geboren 1821, gestorven in December 1892. Van 1858 tot 1875 was hij hoogleeraar aan verschillende Duitsche Universiteiten, daarna raadsheer in het *Reichsoberhandelsgericht* en in het *Reichsgericht*. Zijne studiën over het pandrecht, vooral: *das deutsche Pfandrecht* (1867), zijn algemeen bekend. Bovendien werd onder zijne leiding uitgegeven eene verzameling van werken over het hypotheekrecht der voornaamste Duitsche Staten (8 deelen van verschillende auteurs).

C. G. A. von Scheurl, geboren 1811, gestorven in Januari 1893. Gedurende lange jaren was hij professor te Erlangen. Zijne geschriften loopen voor het grootste gedeelte over Kerkrecht en Romeinsch recht. Van zijn *Lehrbuch der Institutionen*, in 1850 het eerst uitgegeven, verscheen in 1883 de achtste druk.

E. Siebenhaar, gestorven in April 1893. Hij was een der bekwaamste rechterlijke ambtenaren van Saksen en schreef o. a. een commentaar op het Burgerlijk Wetboek van het Koninkrijk Saksen, in drie deelen (2e uitg., 1869).

Lothar Dargun, op veertigjarigen leeftijd in April 1893 gestorven te Krakau, waar hij aan de Hoogeschool het Duitsche recht doceerde. Zijne werken betreffen meest de vergelijkende rechtswetenschap. Op dat gebied verrijkte hij eenige jaren geleden ook ons tijdschrift met eene boekbeschouwing (*Rechtsgel. Mag.* 1886, bl. 390).

Den 28sten en 29sten Augustus werd te Utrecht gehouden de vier-en-twintigste vergadering van de Nederlandsche Juristen-

Vereeniging, onder voorzitterschap van Mr. G. A. van Hamel.

Behandeld werden de volgende onderwerpen:

I. Is herziening wenschelijk van het stelsel onzer wet omtrent eigendom van den grond in de richting van het Grondboek- of het Torrens-stelsel, of in anderen geest?

Praeadviseurs: Mr. P. R. Feith, I. Boer Hzn. en A. Moll [1]).

Gestemd werd over de navolgende vraagpunten:

1. Is het — welk stelsel omtrent den eigendom van den grond men aanneme — wenschelijk, dat bewijskracht omtrent de grenzen der perceelen worde toegekend aan een met dat doel samengesteld kadaster? — Toestemmend beantwoord met bijna algemeene stemmen.

2. Behoort het negatieve stelsel omtrent den eigendom van den grond te worden verlaten? — Ontkennend beantwoord met 38 tegen 31 stemmen.

3. Is het, bij behoud van het negatieve stelsel, wenschelijk

a. geene andere akten dan notariëele tot de bekendmaking in de openbare registers toe te laten?

b. den invloed van vernietigingsactiën op de rechten van derden te beperken?

c. de verplichting uit te breiden om op de openbare registers bekend te maken akten en vonnissen, tengevolge waarvan rechten op onroerend goed verkregen, verloren of beperkt worden?

d. aanteekening in die registers voor te schrijven van feiten, die op de handelingsbevoegdheid der rechthebbenden van invloed zijn — daargelaten de vraag, of algemeene registers te dier zake wenschelijk zijn?

e. het verkrijgen door verjaring (termijn, schorsing, stuiting) te vergemakkelijken? — *a—e* toestemmend beantwoord.

II. Welke behooren de grondslagen te zijn voor de samenstelling eener algemeene politie-wet, ten aanzien zoowel van de bevoegdheden als van de organisatie der politie?

Praeadviseurs: Mrs. H. J. Kist en J. C. Th. Heijligers.

Gestemd werd over de navolgende vraagpunten:

1. Is eene algemeene regeling van de organisatie en de bevoegdheid der politie bij de wet wenschelijk? — Met algemeene stemmen toestemmend beantwoord.

2. Moet in beginsel de gemeentepolitie, als zelfstandig deel

---

[1]) Bovendien werd dit onderwerp behandeld door Mr. H. J. Hamaker in *Rechtsgel. Magazijn* 1893, bl. 424—460, en door Mr. J. C. Naber in *Themis* 1893, bl. 273—296.

der politie, vervallen en in de rijkspolitie worden opgelost? — Toestemmend beantwoord met 46 tegen 19 stemmen.

3. Moet de leiding der rijkspolitie worden toevertrouwd aan den minister van Justitie? — Toestemmend beantwoord.

4. Moeten voorts als hoofden der rijkspolitie worden aangewezen de hoofden van het O. M. bij de hoven en rechtbanken? — Toestemmend beantwoord.

5. Moet niet, ook in het stelsel van enkele rijkspolitie, den burgemeester een passende plaats in de organisatie worden gegeven? — Toestemmend beantwoord met 40 tegen 18 stemmen.

6. Is het wenschelijk aan den Commissaris der Koningin toe te kennen bevoegdheden ten aanzien der rijkspolitie? — Ontkennend beantwoord.

7. Moet de wettelijke regeling van de bevoegdheid der politie geschieden door middel van

a. eene nauwkeurige omschrijving van de bevoegdheden haar verleend?

b. eene nauwkeurige algemeene omschrijving van de taak der politie en van de beperkingen harer bevoegdheid bij de vervulling van die taak? — In laatstgenoemden zin beantwoord.

In plaats van Mr. A. P. Th. Eyssell, aan wien op verzoek een eervol ontslag werd verleend, werd tot Secretaris-penningmeester gekozen Mr. G. A. van Hamel, tot bestuursleden in de plaats van Mrs. G. A. van Hamel, H. L. Drucker en Josua van Eik, niet herkiesbaar, de H.H. Mrs. A. P. Th. Eyssell, D. J. Mom Visch en G. H. van Bolhuis. De volgende vergadering zal worden gehouden te 's Gravenhage.

De 22ste Vergadering der Duitsche Juristen-Vereeniging werd van 7—9 Sept. 1893 te Augsburg gehouden. De behandeling van de verschillende aan de orde gestelde onderwerpen leidde tot de volgende besluiten:

In de eerste afdeeling:

I. In plaats van de in het Ontwerp Burgerlijk Wetboek voorgestelde 4 vormen van kapitalistische onderzetting van onroerende goederen zijn 2 vormen voldoende te achten, van welke de eene het denkbeeld van de onderzetting van een grondstuk tot zekerheid eener persoonlijke schuld tot uitdrukking brengt, de andere het denkbeeld van een zuiver zakelijken last verwezenlijkt.

1. Aan de hypotheek moet, overeenkomstig hare bestemming als zekerheid eener persoonlijke vordering, een accessoir karakter worden gegeven. De positieve kracht van het

grondboek strekt zich niet uit tot de vordering. Een papier van waarde wordt over de vordering niet uitgegeven. Over haar kan slechts worden beschikt door middel van eene inschrijving in het grondboek. «Kautionshypothek». «Arresthypothek» en «Zwangshypothek» behooren als toepassingen dezer hypotheek te worden toegelaten.

2. De grondschuld moet als eene zelfstandige op het perceel rustende schuld op de wijze eener grondrente worden geregeld, in dier voege dat voor haar alleen het grondstuk, niet de persoon verbonden is. Zij kan als grondschuld van den eigenaar worden ingeschreven. Over haar wordt een grondschuldbrief uitgegeven, die als papier van waarde drager van het recht is en in het bijzonder voor de overdracht daarvan dient. De positieve kracht van het grondboek geldt ten volle te haren opzichte, doch strekt slechts ter bescherming van den verkrijger te goeder trouw en onder bezwarenden titel.

a. Toegelaten moet worden afstand van den grondschuldbrief, waarna de overdracht van de grondschuld slechts kan geschieden door boeking in het grondboek.

b. Met de grondschuld kan door inschrijving van de oorzaak der schuld eene persoonlijke vordering worden verbonden. In dit geval kan de grondschuld, voor zoover dit is overeen te brengen met de positieve werking van het grondboek, op grond van gebreken van de persoonlijke vordering worden bestreden. Eene abstracte schuld is zij slechts dan, als de schuldoorzaak niet is ingeschreven.

Naast de beide vormen der kapitalistische onderzetting van onroerende goederen behoort de grondrente als een rechtsinstituut van evenveel belang erkend en (in het bijzonder door toelating van rentebrieven) uitvoerig geregeld te worden.

II. Het gebruik van den term overmacht in het burgerlijk recht is niet aan te bevelen; veeleer is het wenschelijk, dat de wet overal, waar tot nu toe het begrip van overmacht werd te pas gebracht, de daaraan ten grondslag liggende rechtsgedachte op eene stellige wijze tot uitdrukking brenge.

III. Beperking van het executoriaal beslag in dien zin, dat een algemeen *beneficium competentiae* wordt ingevoerd, is niet wenschelijk. Evenwel is herziening noodig van de bepalingen der Civilprozessordnung omtrent hetgeen niet voor inbeslagneming vatbaar is. Doel der herziening behoort te wezen de betere bescherming van die vermogensbestanddeelen, welke onmisbaar zijn voor eene ordelijke huishouding en voor eene nuttige aanwending der persoonlijke arbeidskracht van het hoofd van het huisgezin.

IV. Het is wenschelijk, het vereischte van een schriftelijken vorm voor het aangaan van verbintenissen, buiten de grenzen in het Ontwerp (tweede lezing) getrokken, uit te breiden. In het bijzonder is het gewenscht voor den borgtocht, den «Kreditauftrag», de overdracht van schuld en de overeenkomst van lijfrente een schriftelijken vorm voor te schrijven, onder bepaling evenwel dat gebreken betreffende den vorm door uitvoering der overeenkomst worden gedekt.

In de tweede afdeeling:

I. De vervreemding op afbetaling van papieren van waarde van welken aard ook, in het bijzonder van loten en van obligaties aan toonder in premieleeningen, moet, evenals het verkoopen op afbetaling door rondgaande kooplieden, worden verboden.

II. Wenschelijk is eene wettelijke regeling van het bankdeposito-bedrijf op de volgende grondslagen:

1. Aan personen (kooplieden, bestuurders van vennootschappen van koophandel en coöperatieve vereenigingen), die hun beroep maken van het bewaren, in pand nemen of voor rekening van een ander op eigen naam aanschaffen of omruilen van papieren van waarde, moet de verplichting worden opgelegd:

a. deze papieren, voor zooverre ze niet dadelijk aan den rechthebbende worden afgedragen, afzonderlijk onder duidelijke aanwijzing van den rechthebbende te bewaren;

b. van al dergelijke bewaarnemingen, onder vermelding der afzonderlijke stukken en der rechthebbenden, een bijzonder boek te houden.

Op het niet-nakomen van deze verplichtingen behoort, indien de rechthebbenden daardoor zijn benadeeld, straf te worden gesteld.

2. Onrechtmatige beschikking door de onder 1 genoemde personen over de onder hunne bewaring zich bevindende papieren van waarde, moet strafbaar worden gesteld, ook al leveren de feiten geen verduistering op.

3. Den inkoops-commissionnair moet, onverschillig of hij al dan niet ten laste van zijnen commissiegever in voorschot is, de verplichting worden opgelegd:

a. binnen een bekwamen doch korten tijd na het bericht van de uitvoering der order, aan den commissiegever eene gedetailleerde opgave van de aangekochte of door hem zelven te leveren papieren van waarde (opgave der nummers) te verstrekken;

b. als hij ter uitvoering der order zelf wil leveren, dit uiterlijk tegelijk met het bericht van de uitvoering te verklaren.

Handelingen in strijd met de bepaling onder *a.* moeten verlies

van alle rechten eens commissionnairs uit de transactie en verplichting tot schadevergoeding ten gevolge hebben. Bij overtreding der bepaling onder *b.* moet de uitvoering der order door den commissionnair zelven, tegen den wil van den commissiegever, ongeoorloofd worden verklaard.

4. Afspraken, welke in strijd zijn met de onder 1 tot 3 genoemde verplichtingen of den bewaarnemer toestaan, in geval de commissiegever zijn order terugneemt, eigenmachtig over het depot ten eigen bate te beschikken, moeten slechts geldig zijn, voor zooverre ze schriftelijk en voor een bepaald aangewezen geval zijn gemaakt.

5. Met het oogenblik der overreiking of afzending van de opgave der nummers (3*a*), en eveneens door de inschrijving der ingekochte papieren van waarde in het daarvoor bestemde boek of de afzondering daarvan voor den commissiegever (1 *a* en *b*), moet deze geacht worden den eigendom te hebben verkregen der voor hem bestemde papieren, welke zich bevinden in het bezit van den commissionnair of van iemand, die ze voor dezen onder zich heeft.

6. Bij afgifte van aan een ander toebehoorende papieren van waarde aan een derde, opdat deze daarmede ten behoeve van den eigenaar iets verrichte, moet op de onder 1. genoemde personen de verplichting rusten, aan dien derde mededeeling te doen van het feit, dat die papieren aan een ander toebehooren. Niet-nakoming dezer verplichting behoort, in geval van benadeeling van den eigenaar, strafbaar gesteld te worden.

7. Het is wenschelijk uitdrukkelijk te bepalen, dat den commissiegever volgens art. 368 van het Handelswetboek ten aanzien der zaken, welke de commissionnair voor rekening van zijn commissiegever van een derde ontvangen heeft, ook als ten opzichte daarvan nog geen inbewaarneming is gevolgd, een recht op afzondering toekomt bij faillissement van den commissionnair.

III. Voor termijnzaken wordt geene rechtsvordering toegestaan, als de werkelijke nakoming door partijen uitdrukkelijk of stilzwijgend is uitgesloten.

In de derde afdeeling:

I. 1. Het is goed te keuren, dat het Ontwerp van het Duitsche Burgerlijk Wetboek bij echtscheiding den onschuldigen echtgenoot het recht geeft van herroeping der door hem aan den schuldigen echtgenoot gedane schenkingen, dat het overigens de vermogensstraffen afschaft en den onschuldigen echtgenoot tegen

den schuldigen een recht toekent om onderhoud te vorderen.

2. Het is evenwel wenschelijk, in afwijking van de bepalingen van het Ontwerp,

a. bij de boedelscheiding, in geval van algeheele gemeenschap of van gemeenschap der roerende goederen, den onschuldigen echtgenoot het recht toe te kennen, in plaats van verdeeling in gelijke deelen, te vorderen verdeeling naar den maatstaf van ieders aanbreng;

b. der onschuldigen vrouw het recht op onderhoud overeenkomstig haren stand dan toe te kennen, als de inkomsten van haar eigen vermogen niet voldoende zijn haar dit te verschaffen;

c. dit recht niet ook daarvan afhankelijk te stellen, dat daardoor den schuldigen echtgenoot de mogelijkheid, zich zelf onderhoud naar zijnen stand te verschaffen, niet wordt bemoeilijkt;

d. aan het recht op onderhoud van een nieuwen echtgenoot van den schuldige en van diens kinderen uit een nieuw huwelijk geen voorrecht toe te kennen;

e. de vordering wegens onderhoud van den onschuldigen echtgenoot niet uit te sluiten van deelneming aan het faillissement over het vermogen des schuldigen;

f. de gerechtelijke toekenning van een kapitaal in eens in plaats van eene rente en het gerechtelijke bevel tot zekerheidsstelling voor de rente op verzoek van den schuldige toe te laten.

II. 1. De geldboete moet in verband met het vermogen, de werkzaamheid en het inkomen van den schuldige worden bepaald naar het beginsel, dat de straf bij even groote strafwaardigheid even zwaar moet drukken.

2. In geldsommen uitgedrukte maxima der geldboeten zijn — afgezien van die overtredingen waarbij de straf slechts de beteekenis van eene afkeuring heeft — verwerpelijk.

3. De bedreiging van geldboete als facultatieve hoofd- of bijkomende straf moet op een ruimer gebied worden toegepast dan thans het geval is, in het bijzonder op die misdrijven, die blijkens de ervaring uit hebzucht worden begaan.

4. Niet wenschelijk is bedreiging van geldboete als verplichte bijkomende straf.

5. In geval van alternatieve bedreiging van vrijheidsstraf en geldboete behoort oplegging van de laatste uitgesloten te zijn, als de handeling uit eene oneerbare gezindheid voortspruit.

6. De betaling van geldboeten moet aan de veroordeelden, die geen voor inbeslagneming vatbaar vermogen bezitten, door de toelating en nauwkeurige regeling van gedeeltelijke betalingen gemakkelijk gemaakt worden.

III. Indien de Duitsche wetgeving aan onschuldig veroordeelden recht op schadeloosstelling toekent, is het wenschelijk, de procedure tot handhaving van dit recht naar de volgende beginselen in te richten:

1. De beslissing over het recht heeft door de gerechten plaats na eene openbare contradictoire behandeling der zaak.

2. De rechthebbende is niet verplicht, vóór den aanleg van het proces eerst eene administratieve beslissing uit te lokken.

3. De beslissing geschiedt door den strafrechter, zoo mogelijk in aansluiting aan het «Wiederaufnahmeverfahren».

In de algemeene vergadering:

De medewerking van schepenen tot de rechtspraak is wenschelijk bij de gerechten van de middelste klasse.

Van de *Commission extraparlementaire du cadastre* (zie hierboven bl. 334) verscheen dezer dagen een nieuwe bundel verslagen (*fascicule* n°. 3), loopende van November 1892 tot Maart 1893. De *sous-commission juridique* heeft daarvan het leeuwenaandeel (bl. 45—410). Onder hare beraadslagingen zijn uit een algemeen gezichtspunt vooral die van belang, welke het instituut der verificatie betreffen. Het resultaat, waartoe men is gekomen, is dit, dat een authentiek borderel voor den bewaarder volledig bewijs van de rechtsgeldigheid der mutatie behoort op te leveren. Dit besluit, genomen in de 41ste zitting, is opgevolgd door eene niet onleuke schermutseling tusschen de aanhangers van het Pruisische stelsel (publiciteit zonder afgifte van certificaten) en het Australische (publiciteit met certificaten). De voorstanders van het laatste beginsel hadden voorgesteld eene aldus luidende alinea: *Le certificat de titre doit toujours* (d. w. z. bij elke in- of overschrijving) *être représenté au conservateur.* Ook had het niet veel gescheeld, of zij hadden bij verrassing hun pleit gewonnen, indien niet een slimme vogel door de opmerking: «*A l'heure qu'il est, nous ne savons même pas ce que sera ce certificat de titre*», eene verdaging had weten uit te werken. — Voor hen, die bij ons in gelijke onwetendheid mochten verkeeren, zij opgemerkt, dat onder certificaat te verstaan is iedere «*beizubringende Urkunde*», gelijk het heet in de Pruisische *Grundbuchordnung*, d. w. z. «oorkonden, die . . . . onmisbaar zijn voor de overdracht . . . van het daarin gedocumenteerde recht» (Molengraaff, *Leiddraad* bl. 113). «Voor de overdracht». Men zou er kunnen bijvoegen «of voor het bezwaren (van het daarin gedocumenteerde recht)».

J. C. N.

INHOUD VAN BINNEN- EN BUITENLANDSCHE RECHTSGELEERDE TIJDSCHRIFTEN.

Themis, dl. 54, n°. 2. — Sickenga, bijdragen tot de geschiedenis der Nederlandsche finantiën (Vervolg). — v. d. Biesen, beschouwingen omtrent het Ontwerp tot herziening van het Burgerlijk Wetboek (Vervolg). — Naber, de theorie van het Torrens-stelsel. — Schermbeek, statistiek van al de tegenwoordige kosten der gemeente-politie in de verschillende gemeenten des Rijks.

Tijdschrift voor Strafrecht, dl. 7, afl. 5/6. — v. Leyden, over de berechting van jeugdige misdadigers in Engeland. — Scheltema, over de middelen tot handhaving der orde op de openbare terechtzitting. — Land, eenige principieele bedenkingen tegen het ontwerp der wet op de krijgstucht. — Bles, beschouwingen over art. 8 Wb. v. Sr. — Overzicht van rechtspraak en literatuur 15 Mei 1892—15 Mei 1893. — Petit, strafrechtelijke bibliographie (1 Mei—30 Juli 1893). — v. Hamel, het vraagstuk der politiewet in de Nederlandsche Juristen-Vereeniging.

Revue de droit international, dl. 25. — N°. 3. Twiss, la juridiction consulaire dans les pays de l'Orient et spécialement au Japon. — Engelhardt, considérations historiques et juridiques sur les protectorats, II. — Kleen, le droit de la contrebande de guerre, III. — Esperson, la législation fiscale italienne dans ses rapports avec le droit international. — Lehr, la clause de la nation la plus favorisée et la persistance de ses effets. — N°. 4. Lehr, un nouveau projet de codification des lois de la guerre sur terre et sur mer. — Kaneko, les institutions judiciaires du Japon. — Rolin, le conflit franco-siamois. — Dubois, les juridictions inférieures en Russie, I. — Kleen, le droit de la contrebande de guerre, IV.

Zeitschr. f. internationales Privat- u. Strafrecht, Bd. 3. — H. 4. Alexi, die in Ungarn geltenden Verordnungen über den Verkehr mit den Gerichten des Deutschen Reichs in Zivilsachen. — Inhülsen, zur Frage nach der rechtlichen

Beurtheilung der in Umgehung des deutschen Rechts in England geschlossenen Ehen. — Schwab, einige Fälle internationaler Nachlassbehandlung. — Mittelstein, der Seerechtskongress zu Genua. — Grünewald, der Rechtsschutz der Photographien, insbesondere der photographischen Bildnisse (Porträts) in Belgien. — N°. 5. v. Streit, zur Klärung der Zappa-Frage. — Alexi, der «Fiskus» im internationalen Prozessrecht. — Inhülsen, die Zustellung englischer Klageladungen.

The Law Magazine and Review, n°. 289, Aug. 1893. — Robertson, the Behring sea arbitration. — Veritas, the financial causes of the French revolution as bearing upon India. — Hirschfeld, the transfer of property under contracts of sale with enfants. (Druce v. Henley). — Scrutator, the Bengal cadastral survey and the House of Lords. — Raikes, foreign maritime laws: IV. Scandinavia. — Gover, current notes on international law.

Jherings Jahrbücher f. d. Dogmatik des Privatrechts, Bd. 32. — H. 3/4. Lippmann, zur Lehre von der Kompensation nach dem Entw. des bürgerl. Gesetzb. — Henrici, Nachtrag zu dem Aufsatz: über den § 267 des Entw. des bürgerl. Gesetzb. — Biermann, Rechtszwang zum Kontrahiren. — H. 5/6. Rosin, Beiträge zum Recht der revokatorischen Klage bei Familienfideikommissen und hochadligen Hausgütern.

Zft. f. d. Privat- u. öffentl. Recht d. Gegenwart, Bd. 21, H. 1. — Grünhut, die Wechselvervielfältigung (Duplicate, Copien). — v. Czyhlarz, zur Lehre vom tignum junctum. — Tezner, Besprechung von Jellinek's System der subjectiven öffentlichen Rechte.

Archiv f. d. civilistische Praxis, Bd. 81. — H. 1. Ferrini, über die colonia partiaria. — Schneider, einige Bemerkungen zu dem Entwurfe einer deutschen Zwangsversteigerungsordnung. — Oertmann, das Pfandrecht an eigner Schuld. — Schirmer, Beiträge zur Interpretation von Scävola's Responsen. IV. — Cretschmar, Besprechungen der zweiten Lesung eines bürgerlichen Gesetzbuchs. — H. 2. Baron, der Mönchensteiner Eisenbahnunfall. — Sprenger, über den Gebrauch des Eides behufs Nachweises von Zuwiderhandlungen gegen die urtheilsgemäss festgestellte Verpflichtung des Schuldners, eine Handlung zu unterlassen oder die Vornahme einer Handlung zu dulden. — Meyer, Einreden im Arrestprozesse. — Pflüger, über die rechtliche Natur der Reallasten.

Archiv f. bürgerliches Recht, Bd. 7. — H. 1. Bähr, Entwurf eines Reichsgesetzes über den Versicherungsvertrag. — Eger, die Haftung für das Fehlen und die Mängel der Verpackung. — Mittelstein, das Pfandrecht an Rechten. — Kohler, das Recht an Briefen. — Bähr, hat der Eigenthümer einen Anspruch auf Schutz gegen Vervielfältigung eines ihm gehörigen Schrift- oder Kunstwerks? — Hilse, Einfluss des Bauunfallsversicherungsgesetzes vom 11. Juli 1887 auf die Rechte und Pflichten zwischen Dienstherrschaft und Gesinde. — Ludwig Goldschmidt, civilistische Rundschau. — Ring, neue handelsrechtliche Literatur. — H. 2. Linckelmann, die Sicherheitsübereignungen. — Kindel, die Natur der Sach- und Haftklage insbes. der Kondiktion. Eine Kritik der in dem Entwurf aufgenommenen Pandektentheorie aus alter Zeit. — Kempin, die amerikanischen Trusts. — Ring, das Reichsgesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892. — Ring, neue handelsrechtliche Literatur. — Ludwig Goldschmidt, civilistische Rundschau. — Ausserordentliche Beilagen. Die zweite Lesung des Entwurfs eines bürg. G.B. f. d. deutsche Reich unter Gegenüberstellung der ersten Lesung (II, III).

Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 41, H. 3/4. — Schaube, der angeblich älteste Campsorenwechsel. — Makower, Wechselproteste. — Salman, die duplex persona im Handels-, See- und Wechselrecht. — Veit Simon, zur Frage der Klagbarkeit der sogenannten Differenzgeschäfte. — V. d. Leyen, die Verkehrsordnung für die Eisenbahnen Deutschlands vom 15. Nov. 1892.

Gerichtssaal, Bd. 48, H. 6. — Thuemmel, Geisteskrankheit, Zurechnung und Entmündigung (Schluss). — Zucker, einige Fragen des allgemeinen Strafrechtes unter Zugrundelegung des österreich. Strafgesetzentwurfes. — Böhmer, Vorschläge zu den §§ 23—26 des RStrGB.'s.

Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswissenschaft, Bd. 13, H. 6. — Rosenblatt, zur Reform des Strafprozesses und des Verteidigerberufes. — Pappenheim, zum § 297 des RSGB. — Fuld, das französische Gesetz von 1889 über den Schutz der Kinder. — Stelling, die ergebnislosen Vorverfahren und die Praxis der Staatsanwaltschaft. — Tönnies, jugendliche Kriminalität und Verwahrlosung in Gross-Britannien. — Sichart, über Schärfung und Milderung der Freiheitsstrafe, ein Beitrag

zur lex Heinze. — Bd. 14, H. 1. Gross, die Ausbildung des praktischen Juristen. — Eisenmann, das Mexikanische Strafgesetzbuch für den Bundesdistrikt und das Territorium Nieder-Kalifornien. — Frassati, die bedingte Verurteilung in Italien. — Schneider, rechtswidrige Hebung fremder Sparguthaben. — Olrik, über die Einteilung der Verbrecher mit besonderer Rücksicht auf die Unterscheidung zwischen Gelegenheits- und Gewohnheitsverbrechern.

Archiv f. öffentl. Recht, Bd. 8, H. 2/3. — Schlief, das Völkerrecht und die legalen Aenderungen der Ländervertheilung. — Donle, das Fremdenrecht und die Lehre des internat. Sachenrechts mit Berücksichtigung der geltenden Codificationen. — Osterrieth, Urheberrecht und Verlagsrecht. — Muskat, das preussische Zwangserziehungsrecht. — Thuemmel, Studien aus dem deutschen Zollrecht. — Bornhak, die verfassungsrechtliche Stellung des deutschen Kaiserthums. — Grassmann, aus dem Volksschulrechte des Königreichs Bayern.

Zeitschrift der Savigny-Stiftung f. Rechtsgeschichte. — Germ. Abth., Bd. 14, H. 1. — Aubert, Beiträge zur Geschichte der deutschen Grundbücher. — Fockema Andreae, die Frist von Jahr und Tag und ihre Wirkung in den Niederlanden. — Schaube, einige Beobachtungen zur Entstehungsgeschichte der Tratte. — Anhang: Gerichtsurkunden der fränkischen Zeit. Verzeichnet von Rudolf Hübner. II. Abtheilung. — Rom. Abth., Bd. 14, H. 2. Erman, wie weit war die exceptio rei venditae et traditae decretal? — Fitting, über die Handschrift Nr. 82 des Domcapitels zu Vich. — Freybe, Johann Oldendorps Schrift über Billigkeit und Recht. — Girard, la date de la loi Aebutia. — Gradenwitz, Textcritisches. — Grupe, zur Latinität Justinians. — Hitzig, Beiträge zur Kenntniss und Würdigung des sogen. westgothischen Gajus. — Kübler, der Prozess des Quinctius und C. Aquilius Gallus. — Mommsen, ägyptischer Erbschaftsprozess vom J. 135. — Pernice, Parerga V. — Zachariä von Lingenthal, de actionibus.

Revue sociale et politique, 3e année, n°. 5. — Schaeffle, le collectivisme, II. — La personnification civile des universités.

Nouvelle Revue historique de droit franç. et étr., 17e année, n°. 4. — Beaudouin, la limitation des fonds de terre dans ses rapports avec le droit de propriété. Etude sur l'histoire du droit romain de la propriété (I). — Planiol, Julien

Furic. Supplément inédit à son commentaire sur l'usement de Cornouaille. — Bogisic, le statut de Raguse (codification inédite du XIIIe siècle).

Revue crit. de législation et dè jurisprud., 42e année. — N°. 6. Examen doctrinal (Brémond, jurisprudence administrative). — Mongin, le droit de congé dans le louage de services. — Jacques, de la propriété et des servitudes rurales d'après la loi de 1881 (suite). — Thiénot, étude sur la loi du 6 février 1893 relative au régime de la séparation de corps. — N°. 7/8. Examen doctrinal (Bonfils, jurisprudence commerciale). — Aucoc, des changements apportés depuis 1884 à la législation sur les fabriques des églises. — de Vareilles-Sommières, une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois. — Charmont, un nouveau mode de publication des incapacités.

Annales de droit commercial, 7e année, n°. 4. — Wahl, étude sur l'augmentation du capital dans les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions (suite). — Chronique de législation, etc. (Friedlaender, Allemagne 1891/92).

Archivio Giuridico, vol. 51, fasc. 1/2. — Grego, del volontario abbandono quale causa di separazione fra coniugi. — Lusignoli, sul fondamento della collazione. — Gismondi, il *Dolo* nella diffamazione. — Capone, saggio di ricerche sulle vicende della proprietà e sulla origine storica del possesso in Roma (fine). — Lordi, della distanza che volendo fabbricare si deve serbare dalle vedute laterali e oblique del vicino secondo un' ultima sentenza della Corte di Cassazione di Torino. — Taverni, III° Congresso internazionale per l'antropologia criminale riunito a Bruxelles l'Agosto 1892 (fine).

Il diritto commerciale, vol. 11. — Fasc. 4. Supino, fallimento e bancarotta. — Vidari, amministratori di società anonime e responsabilità loro. — Chiaradia, il fallimento dell' associazione di mutua assicurazione. — Fasc. 5. Errera, il pegno di carte girabili. — Bolaffio, ancora della «materia commerciale». — Vidari, l'articolo 98 del Cod. di comm.

The New Jersey Law Journal, Vol. 16. — N°. 8. Clayton, unconstitutional laws. — Fallibility of direct evidence. — N°. 9. La Monte, Boroughs in New Jersey. — N°. 10. Clayton, a new view of the deportation cases in the Supreme Court. — La Monte, Boroughs in New Jersey.